

مركز ريتيه - جان ديوي للقانون والتنمية

الرقابة القضائية
على
استوليت القوانين
في ملامحها الفلسفية

المستشار الدكتور

عوض المير

الرئيس الأسبق للمحكمة الدستورية العليا

إهداء.....

إلى والدي رحمه الله وطيب ثراه

وإلى زوجتي الغالية التي لولا صبرها علي،

وإحاطتها بي، ما كنت شيئاً.



عرفان وتقدير



ما كان لهذا المؤلف أن يظهر في الصورة التي آل إليها، لولا أن رجلاً فريداً، وعالمًا جليلاً عميق المعرفة، وصديقاً عزيزاً، ثبناه، وتحمل شخصياً الجزء الأكبر من تكلفته، ثم أعدّه للطبع في مطابع جامعة منجور التي شرفت برئاسته لها إنه الفقيه الكبير والأستاذ الجليل ذو الخلق الرفيع الدكتور/ أحمد القشيري.

وإني إذ أوجه لسيادته تحية من القلب، لأدعو الله تعالى أن يجزيه عن خير الجزاء، وأن يكون الله جلّ علاه، رفيقه في كل خطوة يخطوها.

المستشار الدكتور

عوض محمد المر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

١- تبأشر المحكمة الدستورية العليا فى مصر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وقد عهد إليها الدستور بهذا الاختصاص، وأفردها بتوليده، حتى تتفرد به.

ومنذ إنشائها، وهى تواجه الدستور باعتباره وثيقة نابضة بالحياة، لا ترتبط مفاهيمها بلحظة زمنية معينة. وإنما تتفاعل مع عصرها، وفق القيم التى ارتضتها الجماعة لتحدد على ضوئها مظاهر سلوكها وضوابط حركتها؛ أخذة فى اعتبارها أن النظرة الأعرق لحقوق مواطنيها وحريتهم، لا يجوز عزلها عن التنظيم المقارن فى الدول الديمقراطية، بما يرد عنها عدوان السلطة وانحرافها، ويقيم لها ضماناتها، فلا يكون بصرها بأبعاد رقابتها على الشرعية الدستورية، إلا متطوراً بمفاهيمها.

٢- وكان لازماً أن تأخذ المحكمة الدستورية العليا -وهى تتولى التفسير النهائى لأحكام الدستور- بأمرين فى اعتبارها:

أولهما: أن النصوص الدستورية لا تعتبر مجرد نصوص توجيهية يطبقها المشرع أو ينحصرها وفق إرادته. ولكنها قواعد قانونية بمعنى الكلمة لا تعبر عن آمال فى الفراغ، ولا عن صرخة فى بيداء. وإنما تنقل آمال المواطنين إلى صورة واقعية يعايشونها ويفقدون منها، وهى بذلك لا تتحول عن نزعتها الإيجابية التى تتغير بها ملامح للحياة، ويعد تشكيلها على ضوئها.

ثانيهما: أن غموض بعض نصوص الدستور أو فرطتها، ما كان ليحول دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لولايتها. وربما أعانها ذلك على أن تستخلص منها معان أكثر لحقوق المواطنين وحرياتهم، وأن تتوافر للدستور بالتالى المرونة اللازمة التى تقتضيها مواجهة أوضاع متغيرة بطبيعتها.

٣- ولا شبهة فى أن الرقابة على الشرعية الدستورية -على ضوء ما أصابها من تطور، واقتحامها مسائل تتعد جوانبها وتكبلان الآراء حولها- لم تعد اجتهداً قائماً فقط على إعمال حكم العقل. بل صار قوامها فى كثير من ملامحها حقائق علمية تجعلها من أفرع القانون التى تستل عن

غيرها في جوهر أحكامها. وما يميزها اليوم هو لفتها دائرة تطبيقها لتشمل فروع القانون المختلفة بغض النظر عن موضوعها.

ذلك أن الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا تتناول النصوص القانونية جميعها، ما كان منها مدنياً أو تجارياً أو جنائياً أو عمالياً أو ضرائبياً، أو واقعاً في إطار مسائل الأحوال الشخصية؛ وإن تعين الفصل في دستوريته على ضوء مناهج الرقابة على الشرعية الدستورية ومعاييرها التي تساندها المفاهيم الديمقراطية، في صحيح معانيها، بما يكفل صون حقوق المواطنين وحرياتهم التي تمثل من النصف البشرية جوهرها، والتي يرد تشويهها بخطاهم إلى السوء، فلا يقدمون لأمتهم من جهدهم شيئاً.

٤- بيد أن لهذه الرقابة مشكلاتها وأهمها:

* أن إعادة كتابة الدستور Rewriting the Constitution غير تطويره. ذلك أن إحداث دستور جديد منفصل كلية عن الدستور القائم، ليس مما تتوخاه الرقابة القضائية على الدستورية التي تتحصن مهمتها في فهم الدستور، وتطوير أحكامه عند الاقتضاء في نطاق دفة يرتبط فيها هذا التطوير بالنصوص المعمول بها، مع إعطائها معان تكفل مفاهيمها الأكثر تقدماً؛ ليظل الدستور صامداً في مواجهة أنماط التغيير التي تطرأ على المجتمع، فلا يكون عصياً على تثبيتها.

* أن التفسير الحق للدستور، إنما يتمثل في النظرة الأشمل للنصوص التي يتضمنها، والتي ترتبط جميعها بوحدة عضوية تجمعها بما يكفل تكاملها. فلا يبدو جزراً متناثرة، وإنما يقرّبها التفسير الصحيح لها وبافتراض تعارضها- من بعضها.

* أن كل تفسير لنصوص الدستور، ينبغي أن ينطلق من تصور مبدئي مؤداه أن أكثر معانيها ضماناً لرقى الجماعة، هي التي يبنى التزامها وقوفاً عندها.

ويتحقق ذلك بالإحلال على الآفاق الجديدة التي ترتبط فيها دستورية التود على حقوق الأفراد وحرياتهم، بضورثها، وفي الحدود التي تتماشى فيها النظم الديمقراطية.

ذلك أن خضوع الدولة بكل تنظيماتها للقانون، مؤداه أن يتحدد مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدول القانونية عليها، وتتقيد هي بها، على ضوء مستوياتها التي التزمها الدول الديمقراطية بإطراد في مجتمعاتها، واستقر العمل على انتهاجها في مظاهر سلوكها على تباينها،

لضمان ألا تنزل الدولة القانونية بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحريتهم، عن الحدود الدنيا لمتطلباتها المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية^(١).

* أن تنوع حقوق المواطنين وحريتهم التي يكفلها الدستور، يفترض تطبيقها بما يحقق الأغراض المقصودة منها؛ وأن ترتبط دستورية القيود عليها، بقدر ملائمتها لضمان مباشرتها بصورة أفضل.

كذلك فإن الحقوق والحريات التي يحميها الدستور تتكامل مع بعضها، وتكافئ في منزلتها القانونية.

فلا نتدرج فيما بينها، وإن كان من المسلم أنها لا تتعامل في أهميتها، ولا في قدر إسهامها في تطوير مجتمعها. بل يكون لكل منها دور يوفق الأغراض التي رصد عليها.

* أن الدستور يكفل لحقوق المواطنين التي نص عليها في صلبه، الحماية من جوانبها العملية، لا من معطياتها النظرية.

ولئن جاز القول بأن ضماناتها يتحقق من خلال تكاليف متنوعة، من بينها تلك التي تتخذها جهة الإدارة؛ إلا أن الوسائل غير القضائية تقصر في كل الأحوال على أن تقدم لمن يلودن بها، الفرضية التي يأملونها، ويقتضونها جبراً من المدينين بها. ويظل أثر هذه الفرضية كذلك بقصوراً على من طرق أبوابها.

ولا كذلك جهة الرقابة على الشرعية للدستورية التي يكون لها من حيادها واستقلالها؛ ومن انفرادها بالفصل في المسائل الدستورية؛ ومن الحجية المطلقة لأحكامها التي تقيّد الدولة بكل فروعها والاداس أجمعين؛ ومن تكافؤ المتقاضين أمامها؛ ما يؤهلها لفرض سيادة الدستور كأساس وتوحيد لمشروعية السلطة، وليس مجرد ضمان حرية الفرد.

* أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا ترد دوماً القيم السائدة في الجماعة وقت صدور الدستور. إذ لو جاز أن يفسر الدستور بعد سنين من تطبيقه، على ضوء التزم التي عاصرها، لصار الدستور معبراً عن مفاهيم لم يعد للجماعة شأن بها.

(١) دستورية عليا- للقضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢ ص ٤٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

فإذا لم يعدل الدستور ليواكبها، ظل واقعاً على جهة الرقابة على الدستورية، مهمة الاستجابة للأوضاع المتغيرة التي تعاقبها، لا عن طريق إجهاد نصوص الدستور والفتال معان لها لا يتصور ربطها بها؛ وإنما من خلال النظر إلى مضامين هذه النصوص، وقراءتها بصورة أكثر تقيماً على ضوء نظرة واقعية لا تحيلها إلى جمود يسلبها حقائق الحياة، بل يمد إليها شرايين جديدة تُعينها على الصمود.

* إن أكثر ما يورق المعنيين بالمسائل الدستورية، أن الفقهاء لا يوجهون عادة اهتمامهم إلى جوانبها العملية، مما أحال دراستهم بشأنها إلى محاولة للتأصيل والتتظير من زاوية مجردة؛ وعلى ضوء شروح نظرية لا تنهل من الأوضاع الواقعية؛ ولا تؤثر في أتماط الحياة داخل الجماعة؛ وكأنهم يلقون دروسهم من شرفة عالية؛ وفي فراغ يحيط بها.

ولم يكن هذا النهج مقبولاً من المحكمة الدستورية العليا في مصر التي أقام جهدها -ربالرغم من حداثة نشأتها- لكثير من المسائل صروحها؛ ولحقوق الأفراد وحرياتهم الحماية الحقيقية من خلال حلول قضائية حازمة منحتها ثقة مواطنيها بها، وجعل دورها متعاضداً ومؤثراً في فسوح القانون جميعها، معدلاً كثيراً من جوهر أحكامها، ناقلاً إليها مفاهيم جديدة لم تألفها، تبلورها أفلاك مرامية تنص عن بلوغها حرفية نصوص الدستور.

وما كان لها أن تصل إلى غايتها هذه، بغير دفاعها عن الحق والحرية كطريق لا تبديل فيه، مما سارع بخطاها كثرة لها نقلها من الناحيتين السياسية والقانونية، وكرادة لحاية أكثر فعالية لحقوق مواطنيها وحرياتهم، نفاذاً إلى عقولهم قبل قلوبهم، وإثراء لحقل القانون بوجه عام، وعلى الأخص من خلال مفاهيم جديدة توفر القضاء المقلان على تطبيقها في مجال الشرعية الدستورية، وإن أغفلها بعض الفقهاء في مصر.

٥- ولئن ظل خصوم المحكمة الدستورية العليا، يناجزونها عَلمهم يقوضون بنيانها، إلا أن صراعهم معها كان ميلاً لأهوائهم، وممالأة للسلطة نكولاً عن الحق، وتشويها لكل عمل صادق.. ولم يكن ما ادعوه من عدوانها على السلطة التشريعية، وتقويضها لاختصاصاتها التقديرية، وإضرارها بمصالح عريضة لمواطنيها، وإخلالها بلواضعهم الاجتماعية التي استطلت ثباتها، إلا بهتاناً.

فالمحكمة لا يعينها أن تنازع السلطة التشريعية في مواقفها، إلا إذ جاوزت الحدود التي رسمها الدستور للقوانين التي تقرها.

وتباشر المحكمة ولايتها هذه -لا وفق مقاييس تصطنعها- بل على ضوء ضوابط موضوعية تستلهمها من فهمها للدستور؛ وربطها بين نصوصه؛ وتطبيقها لغاياتها؛ وعلى الأخص في مجال التقييم التي اعتقها المجتمع في مجموع أفرادها؛ وبمراعاة أن حقوق مواطنيها وحرياتهم، لا تتحدد وفق ضوابط إقليمية، ولا على ضوء نزعة أحادية، بل بوصفها واقعة في إطار منظومة دولية لها خصائصها.

فلا يفسر الدستور بما يجافيها. خاصة بعد أن صار تنظيمها شاملاً من خلال وثائق دولية تُصل كل حق وكل حرية، وتبين التباين الفردية والجماعية التي يجوز للتدخل بها لصونها، وعلى الأخص في الدول النامية، والدول الأقل نمواً، التي تميل كثرتها إلى العدول على حقوق مواطنيها وحرياتهم التي صار الإيمان بها في الدول الديمقراطية، جزءاً من أعراقها.

٦- ولا شبهة في أن ولاية السلطة التشريعية لا تطبقها على المحكمة الدستورية العليا التي تراقبها بناء على نصوص الدستور ذاتها، فلا تنقيدان معا بغير أحكامه، ولا تتجران عن القيم التي احضنها، بل تتواريان في الخضوع لأوامره ونواهي.

ولا يتصور بالتالي، أن يقع نزاع ذو شأن بين المحكمة والسلطة التشريعية، ولا أن يتعامل كخصمين يتناحران، إذ هما مؤسستان أقامهما الدستور، ليكون تعاونها وفق أحكامه، قاعدة لا استثناء منها.

والقول بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا، قد يتضمن إخلالاً بأوضاع اجتماعية ثابتة، مردود بأن الأوضاع المناقضة للدستور، لا حصانة لها، ولا يصححها قديمها. فضلاً عن أن التسامح مع أوضاع خاطئة، مؤدها تراكمها واتساع دائرة العدول التي تحيط بها.

٧- وتزداد أهمية الرقابة على الشرعية الدستورية كذلك، من خلال انضامها إلى كل معاهدة دولية تكون مصر طرفاً فيها.

ذلك أن مثل هذه المعاهدة تعتبر قانوناً بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للوضع المقررة.

ومن ثم تعامل نصوصها كقانون في مجال الرقابة على الشرعية الدستورية. فلا تخرج عن ولايتها حتى عند هؤلاء الذين يغلبون الطبيعة السياسية للمعاهدة على طبيعتها القانونية، أو ينظرون إليها باعتباره تعبيراً عن إرادة سياسية لا تجوز إعاقته.

بل إن نصوص المعاهدة الدولية تثير صعوبة حتى في مجال تفسيرها وتطبيق قواعد القانون الدولي عليها.

ذلك أن القبول بها تراضياً على أحكامها، قد يكون متقيماً. وقد يثور نزاع في شأن نطاق تطبيقها، أو في مجال النصوص المتحفظ عليها فيها، أو على صعيد جواز تجزئة أحكامها؛ وإمكان وقفها وإنهائها.

وتظل للمعاهدة في كل صور تطبيقها -لما كان موضوعها- قوة القانون.

واعتبارها كذلك، بخضوعها وجوباً للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن جاز القول بأن مناهج هذه الرقابة وضوابطها في شأن المعاهدات الدولية، ينبغي أن تكون أكثر اتساقاً مع طبيعتها، وصلتها بروابط الدول فيما بينها.

فلا تتمحض الرقابة القضائية على دستوريتها، عن مجرد رؤية قانونية لأحكامها. بل تتداخل في تقييمها كل العوامل التي تتصل بمناسبة إيرادها، والأوضاع التي تواجهها، والآثار التي تحدثها في علاقة مصر بغيرها من الدول.

٨- أن الحرية الشخصية لا تعتبر قيمة مجردة من حقائقها، ولكنها تمثل من النفس البشرية أعق خصائصها.

وأكثر ما يؤثر فيها أن تدل القيود عليها على شهوة التحكم، وعلى الأخص من خلال نصوص جنائية لا تستهضها الضرورة الاجتماعية، كنص المادة ٨٠ د من قانون العقوبات.

وصار ضرورياً أن تفرض المحكمة الدستورية العليا رقابتها في أكثر أشكالها صرامة على تلك القوانين، خاصة وأن السلطة لا تتمتع امتيازاً لمن يزلوها؛ ولكنه يباشرها نيابة عن الجماعة ولصالحها ويتقويض منها.

ولا يجوز بالتالي أن تتمحض القوانين الجنائية إيلاً غير مبرر؛ ولا أن تكون شباكاً أو شركاً بلقيها للمشروع، متصيداً باتساعها أو بخفائثها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها؛ ولا أن تكون نافذة لضمانة الدفاع؛ ولا أن تتال من أصل براءة المتهم من خلال قرائن تحكمية تفرض بها مسؤوليته عن الجريمة؛ ولا أن يساق إلى جزاء يقرره المشرع بأثر رجعي؛ ولا أن تهدر أمنيته من خلال عقوبة تتسم بقسوتها، أو ينافي شذوذاً بمظاهر الاعتدال؛ ولا أن يدان عن الجريمة بوسائل غير قانونية؛ ولا أن تكون الوسائل للقانونية؛ إطاراً شكلياً لحقوق صورية في حقيقتها، بما يقوض فرصه في حياة آمنة.

٩- وقد جاوز قضاء المحكمة الدستورية العليا -بمضمونه- حدود إقليمها، وصار لافتاً بأهميته أنظار كثيرين من الفقهاء في الدول الغربية إلى حد قول أحدهم في مؤلفه عن "القاعدة القانونية في العالم العربي" بأن هذه المحكمة -وبالنظر إلى هيكلها ولايتها وكيفية تشكيلها- أثبتت قدرتها أكثر من أية جهة قضائية غيرها، على أن تطور مدخل متماسكة، وأن تتابعها في كل المسائل الدستورية الأساسية التي تواجه بلدها^(١).

Far more than any other judicial body, the Supreme Constitutional Court, by reason of its structure, jurisdiction and composition, has been able to develop and pursue a consistent approach to the fundamental legal issues confronting the country.

وَأمل أن تثار المحكمة للدستورية العليا، على أداء هذا الدور، والا ينقطع جهدها في ذلك.

١٠- تلك ملاحع عريضة لحقائق لا يجوز إغفالها في مجال بدين الشرعية للدستورية، التي جعل الدستور زمامها بيد المحكمة الدستورية العليا التي ترتبط مهبتها بقوة أحكامها؛ وبإصرارها على أن تكون سيادة الدستور حقيقة واقعة؛ وينأى عن أن تكون طرفاً في صراع سياسي عقيم أياً كان مده؛ وبحرصها على أن يكون الحق وحده، قاعدة لكل أحكامها.

فالحق بغير القوة وهم خادع؛ والقوة بغير الحق لا تزيد عن أن تكون شهوة وتسلطاً؛ ومزاوجة الحق بالقوة هي الطريق الوحيد لرقابة دستورية أكثر فاعلية، وحرماً.

ومؤلفي هذا اجتهاد على طريق تتواصل خطاه، وأمل أن يكون صائباً في أهم المسائل التي تناولها. فإن قصر عن أن يحيط ببعض جوانبها، أو أخطأ في بعض أجزائها، فذلك شأن كل اجتهاد.

وما أراه هو أن أتناول أولاً الرقابة على الشرعية الدستورية في ذاتها؛ من جهة مصدورها وضرورتها وطرائقها ومناهجها، وغير ذلك من خطوطها العريضة.

ثم أعرض في أجزاء تالية لحقوق الإنسان وحياته المعنوية والمادية. فإذا أذن الله لي بأن أتم بحثها؛ أعقبها بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لننص إلى خاتمة للعقد مثلة في الحقوق الجديدة -كالحق في التنمية- التي تطور بها الجماعة من نفسها ليجي الفرد في نطاقها متكامل الشخصية حقاً وصنعاً.

والله ولي التوفيق.

د. عوض محمد المر

الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا

(١) Nathan J. Brown [The George Washington University] "The Rule of Law in the Arab World, Courts in Egypt and the Gulf", Cambridge University Press, 1997, p. 117.

بسم الله الرحمن الرحيم

الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية

تمهيد

(١)

سلطة الدولة

١- إن أكثر ما يميز الدولة، هو احتكارها لسلطة الردع المنظم. وذلك ما يُغايّر بينها وبين كل تنظيم آخر يوجد على امتداد إقليمها، اجتماعيا كان أم سياسيا. فالقوة التي تحوزها الدولة واستعمالها لها بما يحمل الآخرين على الرضوخ لسلطونها، هي التي تعطيها المكانة المتفردة في مجتمعها.

ولم يعد ممكنا مع وجود الدولة، أن يحصل أحد على حق يدعيه، أو على الترضية التي يطلبها لرد عدوان وقع عليه، إلا من خلال للدولة. فلا ينتزع بيده ما يريد لقتضائه. وصار لازما بالتالي، ألا يكون استعمال الدولة لسلطانها القاهرة التي تتفرد بها في مواجهة مواطنيها، مرحليا، وأن تكون هذه السلطة ذاتها أداة لتنظيم سلوكهم الاجتماعي من خلال القواعد القانونية التي تقرضها. وهي قواعد تتفرد وحدها بتقريرها، فلا تصدر عن غيرها إلا بتفويض منها، سواء كان هذا التفويض صريحا أم ضمنيا.

٢- وهذه القواعد هي التي تشكل في مجموعها القانون الوضعي، وهو قانون لا يتصور أن يكون مضمونه، ولا درجة للحماية التي يكفلها لحقوق الأفراد وحرياتهم، موحداً بين الدول جميعها. وإن ظل تعبيراً حيا عن سلطة القهر التي تملكها، والتي تبلور بها سيادتها على إقليمها.

كذلك فإن الطبيعة الملزمة لقواعد القانون الوضعي، يفرضها أن الدولة هي التي تحمّل المخاطبين بها -أي كان مركزهم الاجتماعي- على النزول عليها.

ومن ثم صحت القول قانونا، بأن الدولة من أشخاص القانون العام من زاوية إقليمية وسيادية.

وهو ما يعنى دائميتها؛ وتشخيصها لأمتها؛ وانفصالها عن الشخصية الإنسانية؛ واعتبارها محورا لمصالح مجتمعها؛ واستقلال سلطتها في القهر عن مواطنيها؛ وعلو سيادتها على كل تنظيم تبسط عليه بأسها؛ وانفرادها بتحديد اختصاصاتها وكيفية مباشرتها.

٣- بيد أن مفهوم السيادة تأثر بالنظم الديمقراطية، فوصفها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا عام ١٧٨٩ بأنها سيادة وطنية^(١)، وركزتها المملكة المتحدة في برلمانها، واعتبرها جان جاك روسو سيادة شعبية.

كذلك وقع الثباين بين الدول في كيفية ممارستها، فلانظم الديمقراطية التمثيلية تعهد بها إلى من ينيهم المواطنون عنهم في مباشرة السيادة، وهي بعد نظم تنافس في مضمونها نظم الديمقراطية المباشرة التي يزول المواطنون فيها بأنفسهم خصائص السيادة، ويجتمعون مع بعضهم البعض لإدارة الحوار، واتخاذ القرار في كل أمر يتصل بحياتهم اليومية متلما كان عليه الأمر في الديمقراطية الأثينية^(٢)، وهو ما قام الدليل بعدئذ على استحالة تحقيقه من ناحية واقعية.

٤- وكان ضرورياً لضمان مباشرة السيادة في حدودها للمنطقية، وبما لا تحكم فيه- أن تقرض الدساتير نفسها على السلطة السياسية كي تقيد؛ وألا ننظر إلى الدستور كوثيقة منحها لمواطنيها جهة أية كان قدرها أو موقعها؛ وأن يصاغ بالوسائل الديمقراطية التي يندرج تحتها إ فراغ نصوصه في شكل قواعد قانونية تقرها جمعية منتخبة، أو طرحها على المواطنين في استفتاء عام لتحقيق توافق عليها.

على أن يكون مفهوما أن الدستور، وإن تعلق بتنظيم الدولة، وتحديد نطاق وظائفها، وكيفية مباشرتها؛ إلا أن سيادة الدستور، لا تتحدد بالنظر إلى مضمون القواعد القانونية التي احتواها، وإنما على ضوء الأوضاع الشكلية التي تجعل تعديلها عملية معقدة بالغة الصعوبة.

٥- من ثم كان منطقياً ضرورة التمييز بين دساتير مرنة تكون لنصوصها المرتبة ذاتها التي تكون للنصوص التشريعية. ودساتير جامدة تحيطها في مجال تعديلها، قواعد إجرائية غير التي يقتضيها الدستور من السلطة التشريعية في مجال إقرارها لقوانين أو تعديلها.

(١) قررت الحكومة التشغيلية لأول مرة بفرلما عملاً بدستور عام ١٧٩١ الذي يقضى بأن الأمة التي تُستمد منها كل السلطات، لا يجوز أن تُبشرها إلا عن طريق الإثلية.

La nation de qui émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation.

(٢) كان الاجتماع يتم في مكان عام يسمى L'agora ولا تزال هذه الديمقراطية المباشرة تلعب دوراً في بعض الكفونات السويسرية.

وهذا التمييز بين الدساتير على ضوء مرونتها أو جمودها، هو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن مناهج علو الدستور على النظم القانونية جميعها وتصدره لها، لا يتطرق بمضامين نصوصه سواء في مجال تنظيمها للسلطة أو تداولها، أو توزيعها، أو الرقابة عليها، أو تعريفها بحقوق المواطنين وحرياتهم؛ وإنما تتحقق السيادة لنصوص الدستور إذا نظرنا إليها من زاوية الأوضاع الشكلية التي تتصل أولاً بتكوينها؛ ثم بتأسيسها من قبل سلطة عليا تتبقي عنها المسلطان التشريعية والتنفيذية، فلا تكونان إلا من خلقها، ولا تتبدلان بغير القواعد التي تصدر عن تلك السلطة الأعلى لتحدد لكل منهما نطاق ولايتها.

كذلك فإن هذه الجهة الأعلى، هي التي تحيط بتعديل نصوص الدستور بقواعد لها من صرامتها ما يغير بينها وبين تلك التي تلتزمها السلطة التشريعية في تعديلها لقوانينها.

وبغير هذه الأوضاع الشكلية التي تتصل بعملية تدوين نصوص الدستور، وكيفية تأسيسها وطرائق تعديلها، لا تتحقق السيادة للدستور، وإنما تنزل نصوصه منزلة القوانين التي تضعها السلطة التشريعية.

بما مرّدها أن الأوضاع الشكلية وحدها، هي التي تسمو بالدستور فوق القواعد القانونية جميعها. ويدونها لا تكون للدستور -ربض النظر عن الطبيعة الأمرة لقواعده- المكانة الأعلى^(١).

٦- على أن الدستور قد يكون مدونا من خلال إيداع القواعد القانونية التي تنظم السلطة وحقوق الأفراد وحرياتهم، في وثيقة تكون أساسية من جهة طبيعتها.

وقد يكون الدستور عرفيا، إذا كان تطور قواعده قد تحقق من خلال الاقتناع العام بأهميتها وبضرورة النزول عليها، وبغير حاجة لتدوينها، مثله هو الحال في المملكة المتحدة وإسرائيل ونيوزيلندا.

فلا تكون الدساتير العرفية إلا ثمرة تطور تاريخي أفرز في النهاية نصوصها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٣١ جلسة ١٧/١٢/١٩٩٤، ص ٤٠٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية المتأ.

وقد تكون نصوص الدستور مدونة في بعض أجزائها، وعرفية في بعض جوانبها. وقد تكون أجزاء العرفية مصادمة في بعض ملامحها لجوانبه المدونة. وقد تملأ هذه الأجزاء العرفية فراغا فيما هو مدون من نصوص الدستور، فتكملها.

وقد يتأثر تفسير النصوص المدونة في الدستور، بالقواعد العرفية القائمة إلى جانبها، وإن ظل ثابتاً أن القواعد الدستورية العرفية، هي التي تنتم باطراد العمل بها، والاقتناع بضرورة تطبيقها، والخضوع لها، شأنها في ذلك شأن القواعد المدونة.

وفي الأعم، يكون الدستور المدون جامداً، والدستور العرفي مرناً. بيد أن عموم هذه القاعدة، لا يعنى حظر الاستثناء منها. فالدستور المدون قد يكون مرناً، وغير المدون جامداً.

٧- وسواء كان الدستور مدوناً أو عرفياً، فإن سيادة الدستور لازماً أن تهيمن أحكامه على كل قاعدة قانونية تليها في مرتبتها.

فلا تتحقق الغلبة إلا لنصوص الدستور التي تعلو بقاومتها فوق غيرها من النصوص.

وما الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية -سواء في ذلك تلك التي لقرنها السلطة التشريعية، أو التي أصدرتها السلطة التنفيذية- إلا ثمرة لتدرج القواعد القانونية فيما بينها، كل على قاعدة القانونية التي تنوّه، ويجبها عند التعارض بينهما.

فلا يظهر الدستور في النهاية -ومن خلال هذا التدرج- غير ضمان نهائي لكل حق، ولكل حرية نص عليها.

وهو ما يفترض بالضرورة، أن يكون النظام القانوني -في مجموع مكوناته- متحرراً من التحكم، وأن يبلور علو الدستور تصاعداً هرمياً في السلطة التي تؤسس القواعد القانونية على تباين مراتبها.

ومن شأن الرقابة على الشرعية الدستورية، القائمة في حقيقتها على تدرج القواعد القانونية، إبطال النصوص المناقضة للدستور.

وهي رقابة لا تصادم الإرادة الشعبية، ولكنها تقويها من خلال فرض نصوص الدستور على الذين يحاضونها، ويأتون عملاً على خلقها.

فالسطة التشريعية لا تمثل إرادة أمتها إلا في الحدود التي يكون فيها نشاطها واقعا في إطار الدستور، وموافقا بالتالي لأحكامه.

كذلك فإن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تبأشر ولايتها بما يناقض إرادة أمتها، ولكنها تُتّى بأن تعطىها على ضوء القواعد التي حددتها لمباشرة السلطة.

وليس الدستور غير إطار للقواعد التي يبلور بها إرادة الأمة بصورة أكثر عمقا، وصراحة ووثيقا، فلا تجوز معارضتها.

وما يقال من أن السلطة الأعلى ينبغي أن تكون للقانون، وأن مباشرة جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لولايتها التي تبطل بها قوانين السلطة التشريعية - التي تتعاون اليوم مع السلطة التنفيذية - تعاوننا وثيقا لتحقيق الخير العام - قد يؤول إلى عدوانها على السلطين التشريعية والتنفيذية، أو إلى إرهابهما بقيود تعطل مباشرتهما لوظائفهما بصورة فعالة، مردود بأن تفسير القواعد القانونية فرع من تطبيق القضاء لها في نزاع مطروح عليها.

ولا يقع هذا التطبيق بعيداً عن تدرج القواعد القانونية، وإنما يكون تطبيق الدستور وإخضاع كل قاعدة أدنى لأحكامه، جزءاً من عملية التطبيق القضائي للقانون بمفهومه العام.

وهو بعد تطبيق يزداد أهمية مع غموض أو انفراط نصوص الدستور للمنظمة لحقوق المواطنين وحرياتهم، وضرورة إخضاعها لضوابط ومناهج في التفسير تكفل لها أفضل ضماناتها.

٨- وسواء كان الدستور قد انشأ جهة للرقابة على دستورية القوانين قبل إصدارها، لضمان تصويبها قبل تطبيقها، فلا يكون وجودها تلقاء أم كان الدستور قد خول هذه الجهة مباشرة رقابتها في شأن النصوص القانونية بعد العمل بها، بما يجيز إبطالها بعد سنين من تطبيقها، وتطابق كثير من الحقوق بها؛ فإن الرقابة القضائية على الدستورية تظل ضرورة. فلا يكون التخلي عنها إلا عملاً مناقضاً لجوهر للشرعية الدستورية، بل هو انقضاض عليها.

وتحويل هذه الرقابة لجهة سياسية، سواء بمنحها الاختصاص بالاعتراض على قانون قبل صدوره، أو بإبطال نصوصه بعد نفاذها، لن يكفل لهذه الرقابة فعاليتها، ولن يعطيها دوراً مؤثراً في مجتمعها.

ذلك أن هذه الجهة السياسية في خصائص تكوينها، لن تكون قادرة على الفصل في مسائل قانونية بطبيعتها.

ولن يكون تشكيلها كذلك غير عملية انتقالية تتولاها السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية أو هما معاً، لتصطفى بنفسها من خلالها من نقرر بمقاييسها الشخصية، أنه أحق بالتعيين في جهة للرقابة القضائية على الدستور، لتفقد هذه الجهة استقلالها أو حيبتها للذين يعطيناها القدرة على مواجهة هاتين السلطتين وإبطال تشريعاتهما المخالفة للدستور.

كذلك فإن اختيار أعضاء هذه الجهة السياسية من خلال حق الاقتراع، يترتبها من السلطة التشريعية، وقد يعطيها الأهمية ذاتها التي لهذه السلطة، أو يجعلها على الأقل مزاحمة لها، بما قد يعطل نشاطها بصفة نهائية^(١).

ومن ثم حق القول بأنه مما يتفق وطبيعة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن يباشرها جهة قضائية لها من ضماناتها وإجراءاتها، ما يجعل عملها أكثر حيذة وإصافاً.

وليس لازماً أن تشكل هذه الجهة من بين أعضاء السلطة القضائية، وإنما يكفيها أن يكون عملها من طبيعة قضائية، وأن يباشره في إطار قواعد إجرائية تكفل للخصومة الدستورية ضماناتها، وعلى الأقل في هذا الأدنى.

وسواء كانت هذه الجهة محكمة عليا وحيدة لها دور مماثل لدور محكمة النقض مضافاً إليه رقابتها على دستورية القوانين^(٢)؛ أم كان الاختصاص بنظر المسائل الدستورية معقوداً لمحكمة مركزية تنحصر فيها الرقابة على الشرعية الدستورية، فلا تشاركها في ذلك محكمة غيرها. مثلاً هو الحال في مصر وفي جمهورية ألمانيا الفيدرالية وفي إيطاليا وفي كثير من الدول الأوروبية؛ فإن طرق التداعي أمامها، والآثار المترتبة على أحكامها، تتحدد أساساً بنص في الدستور، وقد يصدر المشرع قانوناً مكملاً للدستور في ذلك، وبمراجعة أن رقابة المحكمة في شأن النصوص القانونية

(١) انظر في ذلك مؤلف عنوانه القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، كتبه أربعة فقهاء فرنسيين هم: Charles Debbsch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean - Claude Ricci, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3ed édition, Economica, p.83.

(٢) مثلاً هو الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية التي تباشر من خلال ولايتها الاستئنافية، رقبتها على الشرعية للدستورية.

المطعون عليها، تحكمها أصلاً مجموعة من الضوابط تتمثل في شرط الوسائل القانونية السليمة، وشرط المعقولة، وشرط التكافؤ في المعاملة القانونية، وشرط حرية التعاقد.

٩- ولئن جاز القول بأن المسائل الدستورية تناقشها عادة أكثر من جهة من بينها السلطة التشريعية، إلا أن تحويل جهة الرقابة على الدستورية الكلمة النهائية بشأنها، يجعل صوتها -مر جلال أحكامها هو الأعلى.

بل إن أحكامها هذه، ينبغي أن ينظر إليها؛ بحبانها مورداً متجدداً يغير معاهيم القانون الدستوري، ويثريها.

ذلك أن نقطة البداية في دراسة مسائل هذا القانون، تبلورها حقيقة القيود التي فرضها الدستور على السلطين التشريعية والتنفيذية. وهي قيود لا يجوز لإحدهما أن تغلها، ولو كان بيدها (غواء المال وسطوة القوة^(١)).

وكما أقام الدستور إلى جوار هاتين السلطين جهة للرقابة القضائية على الدستورية، فإن مهنتها أن تنصّر على مجرد ملء فراغ في النصوص. ولا على تفسيرها؛ وإنما هي القيم التي تستقيها من هذه النصوص، وتطور من خلالها الأوضاع والاقتصادية والاجتماعية القائمة.

بل إن الحلول التي تخلص إليها جهة الرقابة، قد ينعقد الإجماع عليها، بالنظر إلى ضرورتها وموازنتها بين المصالح المتداخلة، بما يكفل حماية أقربها لتحقيق آمال مواطنيها وتطلعاتهم إلى مستقبل أفضل.

١٠- وينبغي دوماً أن ننظر إلى نصوص الدستور باعتبارها موجهة إلى أشخاص يتواجدون في مكان معين، وتحيطهم أوضاع لها ظروفها، وآمال يتلقون بها، فلا تتعزل مفاهيم هذه النصوص عن واقعها؛ إنكفل لهؤلاء الأشخاص حقوقهم التي لا يجوز التزول عنها أو إضعافها؛ وحرياتهم التي لا يجوز التضحية بها، وحقائق العمل التي ينعين إرساؤها، ومناهج التفسير التي لا ترقق آمالهم في معاملة قانونية لا تميز فيها، ولا تخل كذلك بسبعهم إلى سعادة تظلمهم^(٢).

(١) يقال عادة في الدفاع عن تولى السلطة القضائية الرقابة على الدستورية، إنها سلطة ضعيفة لا تملك سيف المعز أو دمه.

(2) Declaration of independence of the thirteen United States of America, July 4, 1776.

وحقوقهم وحرياتهم وآمالهم هذه، لها غاياتها التي لا يجوز أن تفوضها السلطة سواء بطغيانها أو بإهمالها، أو بتكادها أن للذات جميعهم حقوقاً طبيعية وجوهرية لا يجوز الإخلال بها؛ من بينها حقهم في الحرية الشخصية؛ وفي إرادة الاختيار؛ وفي ملكية يحوزونها ويستأثرون بمنافعها، وفي ألا تنزعهم سلطة لأبائها - وقد خلقهم الله تعالى أحراراً - بغير موافقتهم التي يفترض أن تتقيد بحدود الدستور والقانون.

(٧)

بين توحيد السلطة وتقسيمها

١١- تتوحد السلطة باجتماع فروعها ومظاهرها في يد واحدة، سواء في صورة قانونية أو استبدادية. فلا تكون الجهة التي تبشرها إلا قابضة في شخصها - وفي مواجهة الدولة - على وظائفها الرئيسية.

وأكثر ما يقع ذلك في النظم الديكتاتورية التي يحتكر السلطة فيها ويمارسها شخص واحد، وإن تعين القول بأنه حتى في هذه النظم التي تدور السلطة فيها حول محور ينفرد بها، فإن تركيزها فيه، واحتجازها بيده، لا يفيد بالضرورة، امتناع التغلغل عن بعض ملامحها لجهة أو أكثر تمارس اختصاصاتها في شكل مشورة تبديها، وعلى الأخص كلما كلن ذلك ملائماً من أجل إنقاذ مظهر الديمقراطية.

وحتى في الأحوال التي توجد فيها سلطتان هما السلطة التشريعية والتنفيذية، فإن توحيد السلطة كثيراً ما يتحقق بإخضاع أولاهما لثانيتهما.

ولا يقال عندئذ بأن السلطة جميعها، وفي كل أشكالها، بيد جهة واحدة. وإنما الأكد أن ننظر إلى السلطة المهيمنة على أساس أنها تفرض إرادتها على غيرها، فلا تملك السلطة الخاضعة إلا الالتزام بتوجيهاتها.

وهو ما يعنى أننا أمام سلطتين لا تتوازنان قدرا ولا تتكافآن أهمية. وإنما تمتص إحداهما السلطة التي تقابلها، وتحيلها إلى صورة رمزية لا قيمة لها، انتقل السلطة الحاصرة هي الأعلى، تحيط بسلطانها حقوق مواطنيها وحرياتهم، بما يفقدها جوهرها.

١٢- وقد تتوحد السلطة كذلك من خلال سيطرة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية بما ينتزع منها فرصة المبادأة في اتخاذ القرار، ويخضعها سياسياً لمطوطة السلطة التشريعية، سواء في صورة واقعية أو قانونية تجد سندها - عند المدافعين عنها - في أن السيادة لا يجوز تجزئتها بين أكثر من جهة، وإنما يتعين تركيز الإرادة الوطنية في السلطة التشريعية التي تكفد بالتعبير عنها، والتي تتخذ من أجل تحقيقها كل التدابير والأعمال الهامة في حياة وطنها، مع التخطي عن بعض المهام التي لا يسعها أو لا يلائمها النهوض بها، إلى سلطة أخرى نقيمتها إلى جانبها، وتنبثق عنها، فلا تعانلقها في اختصاصاتها ولا في وزنها^(١).

(٣)

فصل السلطات من خلال توزيعها

١٣- بيد أن تطورا عميقا في المفاهيم القانونية والفلسفية والخلقية، حمل في ثناياه فصلا للسلطة من خلال توزيع مظاهرها بين أكثر من جهة. واتخذ هذا الفصل صورتين يكون في إحداهما كاملا؛ وفي أخرهما مرنا أو نسبيا.

وهو يكون كاملا وصارما، حين تتكافأ السلطة التنفيذية قانونا مع السلطة التشريعية، فلا تباشر السلطة التنفيذية اختصاصاتها بتقويض من السلطة التشريعية، ولكنها تتلقاها مباشرة من أمتها. كذلك لا تباشر السلطة التشريعية امتيازاتها من خلال خضوعها للسلطة التنفيذية، ولكنها تستقل عنها في ممارستها. وقام الدليل بعدئذ من الحقائق التاريخية، على أن فصل هاتين السلطتين عن بعضهما فصلا كاملا، ليس إلا تصورا نظريا وعقما. ذلك أن السلطتين التشريعية والتنفيذية يزواجهما قدر من التعاون، يقتضي أن يكون الفصل بينهما مرنا، فلا يعملان كجزيرتين منعزلتين في بحر خضم؛ ولا يقبلان وراء جدران حاجزة؛ ولا يقيمان حدودا فاطعة بينهما تحذر بملاقتهما ببعض إلى أدنى مستوياتها. وإنما يكون التعاون بينهما إيجابيا متصاعدا وخلاقا، وهو تعاون لا يفترض استقلالهما عن بعض بصورة كاملة، وإنما هو التداخل - باللقابل - بين ولايتهما.

() وجدت حكومة الجمعية التشريعية في فرنسا مع دستور ١٧٩٣، وقد أنشأت هذه الجمعية بنفسها مجلسا تنفيذيا من ٢٤ عضوا عينتهم الجمعية لا يملك في مواجهتها سلطة التقرير، فلا يكون المجلس إلا تلميها للجمعية التي لا تخشاه. ويختلف نظام هذه الجمعية بذلك عن النظم البرلمانية، ذلك أن البرلمان وإن كان يملك إسقاط الحكومة، إلا أن الحكومة بوسعها حل البرلمان بشروط معينة.

١٤- وقد دافع Montesquieu -في مؤلفه روح القوانين- عن تقسيم السلطة بين أكثر من فرع ليختص كل واحد منها ببعض مظاهرها، مع فصل الأفرع المختلفة التي يتأثر السلطة عن بعضها، قائلاً بأن الدولة مهام اجتماعية رئيسية تبلور وظائفها المختلفة. وتتصل وظائفها هذه في سلطة عمل القوانين وتصحيحها وإلغائها؛ وسلطة تنفيذ هذه القوانين وإدارة الشؤون الدولية؛ وسلطة معاقبة الخارجين على القانون، والفصل فيما يعرضه الأفراد عليها من نزاعاتهم.

ولم يكن ما قرره Montesquieu على هذا النحو، من ضرورة تقسيم السلطة وفصل أفرعها عن بعضها، جديداً كل الجدة، بل سبقه John Locke إلى ذلك فيما قرره أن من اجتماع سلطة القانون وتنفيذه في يد واحدة، يخولها حق التحلل من القوانين التي أقرتها، والعمل على توقيفها سواء عند إقرارها أو تطبيقها- مع مصالحتها الخاصة.

ولكن الجديد عند Montesquieu هو القاعدة التي يرد إليها مبدأ الفصل. وحاصلها أن السلطة بطبيعتها تميل إلى العدوان، وأن إلزامها حدود الاعتدال، ينبغي أن يكون هدفاً ثابتاً ضماناً للحرية وتوكيداً لها، فلا تُزعزع السلطة موطنها، أو تنثر خوفهم منها.

ولا يجوز بالتالي أن يتأثر جهة واحدة، مظاهر السلطة في أكثر جوانبها أهمية. بل يتعين تقسيمها بين سلطة تشريعية، وسلطة تنفيذية، وسلطة قضائية، تُسبغ على أن توزيعها على هذا النحو ضمان للحرية، وإعلاء لقررها^(١)، على أن يكون مفهوماً أن الحرية لا ترخص لأحد بإتقان ما يراه من الأعمال، ولكنها تعمل في إطار الدستور والقانون اللذين يحددان لكل فرد دائرة الحقوق التي يملكها والتي لا يجوز تنظيمها إلا بقانون.

بما مؤده أن الحرية هي حق إتقان الأعمال التي يرخص الدستور أو القانون بها، وبأن كذلك بإجرائها في إطار من الشروط المنطقية التي تكفل توافق هذه الأعمال مع قيم الجماعة ومصلحتها.

ولا يتأتى ضمان هذه الحرية بالتالي بغير مراعاة موازين الاعتدال *La modération* التي تحول دون إساءة استعمال السلطة وإحراقها، ذلك إن الحقائق التاريخية على امتداد العصور، تشهد

(١) وقد تأثر براءً مونتسكيو بعض القضاة الأمريكيين الذين يرون أن الفصل والتوازن بين السلطات بوجه عام لم يترتب بقصد مجرد ضمان حكومة قادرة على النهوض بأعبائها، بل كذلك لضمان الحرية الفردية وضمانها.

The purpose of the separation and equilibration of powers in general, was not merely to assure effective government, but to preserve individual freedom. See, Scalia dissenting opinion in *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, (1988).

بل أن الذين يجوزون السلطة، يميلون إلى استخدامها في غير أغراضها، وأن منعهم من مجاوزة الحدود المنطقية التي يباشرون السلطة من خلالها، يقتضى حملها على الاعتدال والمعقولية. ولا يكون ذلك إلا من خلال مقابلة السلطة التي يباشرونها بسلطة توقفها Le pouvoir arrête le pouvoir.

ومن ثم كان اجتماع السلطتين التنفيذية والتشريعية في يد واحدة، إنهاء للحرية التي تُمنحها قوانين سيئة يتم تنفيذها بصورة عنوانية.

كذلك فإن دمج السلطة القضائية في السلطة التشريعية يحل قضائياتها إلى مشرعين يعصفون بالحرية أو يستبدون بها. وإلحاقهم بالسلطة التنفيذية يمنحهم قوة القهر، ويمد لهم شرايين الطغيان.

ولا مفر بالتالي من فصل كل سلطة عن غيرها، مع ضرورة أن تعمل جميعها بتناغم فيما بينها حتى لا يؤول هذا الفصل إلى تعويق حركتها.

(٤)

تقسيم السلطة ضمنان ضد الطغيان

١٥- بيد أن تقسيم السلطة بين أفرعها وفصلها عن بعضها البعض، وإن كان ضماناً ضد الطغيان، وتوثيقاً للحدود التي احتجز الدستور داخلها ولاية كل فرع منها؛ وكان ثابتاً كذلك أن هذا الفصل لا يجوز أن يكون مطلقاً، ولا منهاياً كل تعاون بين أفرع السلطة فيما بينها، ولا حائلاً دون تبادلها للرقابة فيما بينها، بما يوازن بعضها ببعض^(١) Cheques and balances؛ إلا أن نطاق الولاية التي يباشرها كل فرع وفقاً للدستور، قد يشوبها غموض يؤول إلى تنازع الأفرع الثلاثة فيما بينها Conflict - producing ambiguities، وإلى فضها لخلافاتها عن طريق القوة السياسية التي تحتكم لها بما يسخر أدواتها في الصراع لتحقيق مصالحها الضيقة.

وفي ذلك خطر كبير لا يقلم أظافره غير اقتران فصل السلطة بالعمل على منع تركيزها بصورة متزايدة في جهة واحدة^(٢).

(١) يتداخل عمل هذه الأفرع مع بعضها. فتح الاعتراض على قانون صدر عن السلطة التشريعية مخول لرئيس الجمهورية. وحق اتهام رئيس الجمهورية في شأن الجرائم التي ارتكبتها، مخول أحياناً للسلطة التشريعية.

(٢) Gerald Gunther, Constitutional Law, 12th edition, Westbury, New York, The Foundation Press Inc, 1991, p.311.

ويظل واضحاً أن فصل أفرع السلطة عن بعضها، مردّه إلى نصوص الدستور ذاتها التي لا يجوز -في مجال تحديد معانيها- أن ننظر إلى كلماتها وحدها، بل ينبغي أن نعتد بما نقرؤه بين سطورها من مفاهيم كتبها الحياة فوقها^(١).

It is inadmissible by narrow conception of constitutional law to confine it to the words of the Constitution, and to disregard the gloss which life has written upon them.

بما مؤداه أن العمل الصادر من السلطة التنفيذية - ولو كان الدستور لا يظاها به بنصوص صريحة - لا يجوز معارضته، إذا كان ترديداً لأعمال أُنشأت من قبل بصورة مطردة، ولأزمان مترامية؛ وكان اتصال هذه الأعمال بعلم السلطة التشريعية - وبغير منازعة منها - ثابتاً على امتداد طقائنها.

(٥)

فصل السلطات لا ينفى تداخلها

ولئن صح القول بأن فصل السلطة وفقاً للدستور - يتحقق من خلال اختصاص كل فرع ببعض مظاهرها، إلا أن التداخل الجزئي لبعض هذه المظاهر مع بعضها من خلال تعاون الأفرع التي تباشرها - لا يعنى دمجها ببعض. Partly interacting and not wholly disjoined.

وينبغي أن يلاحظ كذلك ما يأتي:

أولاً: أن لكل فرع سلطاته الضمنية اللازمة عقلاً لإفاد مجموع سلطاته التي صرح الدستور بها. فلا تكون سلطاته الضمنية، إلا كامنة في سلطاته الممنوحة، وضرورية لمباشرتها.

Powers implied from the aggregate of express powers granted under the constitution.

فالسلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم عملية الاقتراع وناسبتها بما يصون تكاملها، ويحول دون تطرق الرشوة إليها أو إفسادها على نحو آخر؛ فرع من سلطاته في أن يعمل على صون أجهزة الدولة ومؤسساتها بما يحوق حركتها أو يجرم بنيانها.

(١) Justice Frankfurter concurring opinion in *Youngstown sheet & Tube Co. V Sawyer* [The steel Zeizure Case] 343 U.S. 579, (1952).

وكل لخصائص صرح الدستور به لجهة بعينها، يندرج فيه ضمنا ما يكون لازما لمباشرة بصورة فعالة، فاختصاص رئيس الجمهورية بإعلان الحرب، يخوله ضمنا اتخاذ التدابير اللازمة لتسيير الجيوش بعد إعداده وتجهيزها للقتال^(١).

أما في نطاق الشؤون الخارجية، فإن حقوق الدولة وسلطاتها تعادل تلك التي تكفلها قواعد القانون الدولي لغيرها من الدول. ذلك أن الدولة تعتبر عضواً في الأسرة الدولية، ولها بالتالي كافة الحقوق التي تنكأ فيها مع غيرها من الدول دون نقصان، وإلا كان القول بتمتعها بالسيادة الكاملة وهما.

ومن ثم تعتبر الحقوق المقررة لغيرها من الأمم ثابتة لها، ولو لم ينص الدستور عليها^(٢). ومن بين هذه الحقوق، سلطاتها في إعداد غير المواطنين من إقليمها، وسلطاتها في منعهم من دخول إقليمها وتنظيم شروط إقامتهم فيها^(٣)، وإقرار القوانين اللازمة لتحديد إطار علاقاتها الخارجية مع غيرها من الدول.

ثانياً: على الدولة بكل سلطاتها -دون ما نص في الدستور- أن تتخذ التدابير اللازمة لإنهاء التزاماتها الدولية وفقاً لقانون الأمم The Law of Nation.

ولا يجوز لها على الأخص أن تلحق ضرراً بغيرها من الأمم التي تسالها، ولا بمواطنيها الموجودين في إقليمها.

وفي ذلك نقول للمحكمة الدستورية العليا بأن <<الدساتير المصرية جميعها، كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين السلطين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفهما في المجال المحدد لها أصلاً؛ بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه -فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها- من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص

(١) كذلك فإن اختصاص رئيس الجمهورية بإبرام معاهدة دولية، يخوله ضمنا حق إنهاؤها إذا لم يحدد الدستور سلطة الإنهاء على نحو آخر.

(٢) ينبغي أن يلاحظ أنه على سعيد الدول الفيدرالية، فإن الحكومة المركزية هي التي تتمتع بالسيادة في مجال الشؤون الخارجية. أما ولايتها فليس لها نصيب منها.

(٣) يعتبر الحق في إعداد الأجنبي من الإقليم من أصال السيادة، بل إن هذا الحق لا يقسح في اختصاص السلطة التشريعية وحدها وإنما يعتبر كاملاً في نطاق ولاية السلطة التنفيذية في مجال إدارتها للشؤون الخارجية.

الأضرار التي تولكبها، ولو لم تكن هذه المخاطر من طبيعة مادية، بل كان من شأنها أن تستلهمض واجب الدولة في التدخل تشريعياً لمواجهة التزاماتها الدولية التي حل أجل إيفائها^(١).

ثالثاً: تقتصر مهمة السلطة التشريعية على إقرار القوانين التي ترتبها ملائمة أو ضرورة لمواجهة أوضاع قائمة في مجتمعها. وليس لها بالتالي أن تفصل فيما إذا كان المخاطبون بها، قد استوفوا شروط تطبيقها؛ وإلا كان ذلك تخطاً منها في شئون السلطة القضائية.

رابعاً: لا يجوز لأية سلطة، أن تتدخل في اختصاص أفراد الدستور لغيرها، ولو كان تخطئها أكثر ملاءمة؛ أو كان القرار الصادر عنها أكثر موضوعية.

ذلك أن موضوعية أو ملاءمة قراراتها للصادرة فيما يجاوز اختصاصها، لا يندرج في إطار الأغراض الأولية التي تتوخاها النظم الديمقراطية.

خامساً: أن تقسيم السلطة بين أفرع ثلاثة تتولاها، وفصل هذه الأفرع بعضها عن بعض، وإن آل أحياناً إلى تنازعها، إلا أن تعاونها وتدخل اختصاصاتها في بعض صورها^(٢)، يوراثية بعضها لبعض، توحي دوماً أن يكون نقاشها حول المسائل التي تتصل بمصالح مواطنيها في مجموعهم، حياً، مفتوحاً، وعريضاً^(٣).

(٦)

حد السلطة هو مباشرتها لولايتها وفقاً للدستور

١٦- ويرعى الدستور الحدود التي يباشر فيها كل سلطة ولايتها، بما تتفق وطبيعة وظائفها، ما لم يكن خروجها على وظائفها الطبيعية مكفولاً بنص خاص في الدستور، كحق رئيس الجمهورية في اتخاذ تدابير لها قوة القانون في حالة الضرورة وفقاً لنص المادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١.

(١) "مستورية علي" - القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "مستورية" - قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - ص ٢٨٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، يعتبر تخطياً في العادة التشريعية. كذلك فإن حق الكونجرس في الولايات المتحدة الأمريكية في اتهام بعض الموظفين عن طريق مجلس النواب، ومحكمتهم بواسطة مجلس الشيوخ، تعتبر تخطياً في الوظيفة القضائية.

(٣) Justice Powell Concurring opinion in INS v. Chadha 462 U.S. 919, (1983).

وليس السلطة التشريعية بالتالى أن تفصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها حق اتهامهم ومحاكمتهم عن جرائم نص عليها بالنظر إلى خطورتها^(١).

فإذا لم يكن الدستور قد منحها هذا الاختصاص، فإن تدخلها فى الطريقة التى يتم بها تنفيذ القانون، يخل باختصاص مقرر أصلا للسلطة التنفيذية وفق طبيعة وظائفها. وينبغى أن يعامل هذا التدخل كاعتراض مرفوض من جانبها، على مباشرة السلطة للتنفيذ لولايتها المنصوص عليها فى الدستور.

ويظل تدخل السلطة التشريعية، على النحو المتقدم، مخالفا للدستور، ولو كان القانون الصادر عنها قد خولها حق فصل القائمين على تنفيذ القانون لانعدام كفائتهم، أو لإهمالهم فى أداء واجباتهم، أو لسوء إدارتهم للوظيفة التى يتولونها.

ذلك أن أسبابا للفصل بهذه، تنسم بتميعها وابتساع مفاهيمها، وخروجها على القواعد اللازمة لضبط التصوص للقانونية، بما يمنح السلطة التشريعية حق إيقاع جزاء بناء على وقائع صاغتها بنفسها فى حدود غير ضيقة. كذلك فإن مباشرتها لهذا الاختصاص، يعنى تقييمها لأعمال هؤلاء الموظفين للفصل فى تطابقها مع الأغراض التى توختها تشريعاتها، وأن تحييم عن وظائفهم إذا باثروها على نحو يثير فى تقديرها خروجاً على مقاصدها من القوانين التى أقرتها.

بل يجوز لها كذلك فصلهم، ولو كان نقضهم للأغراض النهائية لهذه القوانين، محتملا. وهو ما لا يألن الدستور فيه، أو يرخص به.

وحتى لو صدر عن السلطة التشريعية قانون يخلوها حق تعيين موظفين يتولون مراقبة تنفيذ قانون الميزانية، ويكونون مسئولين قبلها، فإن تعيينهم استقلالا عن رئيس الجمهورية، يخل بواجبه المنصوص عليه فى الدستور فى أن يرعى أمانة تنفيذ القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية. ولا يجوز بالتالى أن تحتكر السلطة التشريعية لنفسها حق فصل موظفين يقومون على تنفيذ القانون، إلا إذا كان الدستور قد خولها هذا الاختصاص.

(١) من بين هذه الجرائم وفقا للدستور الأمريكى، جرائم الخيانة والرشوة.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون قرار السلطة التنفيذية بفصل موظفيها لخروجهم عن حدود وإجباتهم، معلقاً نفاذه على موافقة السلطة التشريعية.

١٧- وتعملون الأفرع التي تنقسم السلطة بينها، لا يخول أحد هذه الفروع العدوان على اختصاص قراره للدستور لفرع آخر.

ذلك أن استقلالها المطلق عن بعضها البعض وإن كان غير متصور، إلا أن الفصل بينها يدل بالضرورة على أن الاختصاص المحجوز لكل منها، لا يجوز ملبه، وإلا كان للتدخل فيه عصباً للسلطة Usurpation of Power.

يؤيد ذلك أن ما توخاه الدستور من ضمان قدر من التعاون بين الأفرع التي تنقسم السلطة بينها، مع مراقبة بعضها لبعض في الحدود التي نص عليها، هو تحقيق نوع من التوازن بين سلطاتها بما يجعل هذه الأفرع متكافئة في وزنها. ومما ينقض تساويها وتوازنها، أن يعد فرع من بينها إلى أن يقبض بيده على مظاهر السلطة جميعها، أو على جوانبها الحيوية، ولو كان ذلك بصورة تدريجية، وتراكمية.

ذلك أن الاختصاص لا يباشر إلا كاملاً دون نقصان، ولا يطمس إلا للجهة التي تتولاه وفقاً للدستور^(١).

A system of separate and coordinate powers necessarily involves an acceptance of exclusive power that can theoretically be abused.

فضلاً عن أن عدوان فرع على اختصاص مقرر لفرع آخر - ولو كان ذلك بصورة جزئية، أو واقعا في منطقة قليلة الأهمية - لا يقل سوءاً عن إتهاب هذا الاختصاص بصورة كاملة أو جوهرية.

وبطل مخالفته للدستور بالتالي، كل عدوان على اختصاص لأحد أفرع السلطة، ولو كان لا يخل بجوهر وظيفتها، بل يمسها بصورة جانبية.

(١) Justice Scalia dissenting opinion in Morrison V. Olson 487 U.S. 654 (1988).

ذلك أن التمييز بين ما يعتبر جوهرياً أو ثانوياً من مضمون الاختصاص، لا يقوم على فواصل دقيقة أو معايير حادة. ومثل هذا التمييز يدفعنا كذلك إلى أغوار عميقة يتحذر سيرها^(١).

ولا يجوز بالتالي أن نحقق في الدرجة التي تنخفض إليها الاختصاص، ولا في نوع أو قدر العوائق التي تعترض جريانه. فالاختصاص هو الاختصاص؛ إما أن يباشر كاملاً غير منقوص، وإما أن تكون الحكومة غير خاضعة للقانون على الإطلاق.

وينتزع عن هذا الأصل:

* أن الحدوان على اختصاص السلطة التنفيذية في مجال مراقبتها لأعمال موظفيها، وفصلهم إذا هم خرجوا على ولجباتهم، لا يكون مبرراً، ولو قيل بأن أصالهم تخالطها ملامح تشريعية أو قضائية.

ذلك أن التمييز بين وظيفة تنفيذية صرفه، ووظيفة شبه تشريعية Quasi - legislative وأخرى شبه قضائية Quasi - Judicial، يفقد إلى ضوابط موضوعية، فلا يكون سائفاً في حكم العقل.

* أن حق السلطة التنفيذية في التخلي عن اعترافها بحكومة أجنبية، يخولها إنهاء معاهدة دفاع متبادل أبرمتها معها، ولو كان الدستور قد شرط لتصديقها على هذه المعاهدة وإنفاذها بالتالي فيما بين أطرافها، أن تكون السلطة التشريعية قد أقرتها قبل التصديق عليها. ولا يجوز أن يقال عندئذ بأن إنهاء السلطة التنفيذية لمعاهدة قائمة، يعد من الملل السياسية التي لا يجوز لجهة قضائية أن تخوض

(١) وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في نصوص الدستور أنها تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظم الحكم في الدولة. وهي باعتبارها كذلك تنصدر قواعد للنظام العام. وإذا كان الدستور قد حدد لكل سلطة عامة وظائفها الأصلية وما تبشره من أعمال أخرى لا تدخل في نطاقها، بل تعد استثناء يرد على أصل انحصار نشاطها في المجال الذي يتفق مع طبيعة وظائفها؛ وكان الدستور قد حصر هذه الأعمال الاستثنائية، وبين صورة تفصيلية لقواعد ممارستها، فقد تبين على كل سلطة في مباشرتها لها، أن تلتزم حدودها الضيقة وأن تردّها إلى ضوابطها الدقيقة التي عينها الدستور، وإلا وقع عليها مخالفاً لأحكامه.

دستورية عليا - لل قضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية - جمهورية - قاعد رقم ٣١ - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ ص ٢٩٤ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

فيها. ذلك أن إنهاؤها لهذه المعاهدة بقرار منفرد منها، يعتبر نتيجة عرضية مترتبة بالضرورة على سحبها لاعترافها بالحكومة الأجنبية التي كانت ترتبط معها بهذه المعاهدة^(١).

١٨- وللسلطة التشريعية كذلك، ولو قبل اكتمال مدة التفويض الصالح منها لرئيس الجمهورية، أن تنهيه، ولو لم يكن رئيس الجمهورية قد جاوز حدود هذا التفويض.

ولا يعتبر القانون الصادر عنها بإنهاء التفويض، تدخلًا منها في اختصاص مხოول لرئيس الجمهورية، ولكنها تستعيد بإنهاء التفويض، ما نقص من ولايتها التشريعية بمقتضاه.

كذلك فإن إكثار السلطة التشريعية من صور التفويض التي تمنحها الرئيس الجمهورية بما يدل على تخليها عن وظيفتها التشريعية في جوانبها الأكثر أهمية Excessive Delegation، يثير بالضرورة مسئوليتها السياسية، وي طرح كذلك مخالفة هذا التفويض للأعراف.

ذلك إن الأصل هو أن تباشر السلطة التشريعية بنفسها ولايتها كاملة، فلا تتخلى لغيرها - من خلال التفويض - عن اختصاص كامله الدستوري لها، إلا وفق أحكامها، وفي أضيق الحدود، وبشروط تكفل تحقيق التفويض سواء من جهة طبيعة المسائل التي يتناولها، أو الأسس التي يقوم عليها تنظيمها، أو المدة التي ينحصر فيها - للأغراض التي يتوخاها.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا، >> بأن ما تنص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من تخويل رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، الحق في إصدار قرارات لها قوة القانون، موداه أن حالة الضرورة والأوضاع الاستثنائية، هما اللذان يجيزان تفويض رئيس الجمهورية في مباشرة بعض مظاهر الولاية

(١) تثير نزاع في الولايات المتحدة الأمريكية بعد اعترافها بحكومة الصين الشعبية وسحبها لاعترافها بحكومة تايوان. ذلك أن تخليها عن الاعتراف بحكومة تايوان حملها على إلغاء معاهدة الدفاع المشترك التي كانت قد أبرمتها معها مما دفع بعض أعضاء مجلس الشيوخ الأمريكي لرفع دعوى أمام المحكمة العليا الولايات المتحدة يحرضون فيها على إنهاء رئيس الجمهورية لمعاهدة الدفاع هذه بقرار منفرد من قبله في الوقت الذي يتطلب فيه الدستور الأمريكي موافقة ثلثي أعضاء مجلس الشيوخ على المعاهدة قبل التصديق عليها. إلا أن المحكمة لم تقبل الدعوى ورفضتها حين النظر في موضوعها، وانقسم قضااتها فيما بينهم حول أسباب الرفض، وإن قال أربعة منهم بأن القضية تثير مسائل سياسية لا يجوز الخوض فيها، وقرر أحد قضاتها بأن النزاع المعروض لا يدخل في نطاق هذه المسائل.

التشريعية، وهما طرفان لا يجوز أن تترخص السلطة التشريعية فيهما، ولا أن تسرها على نحو مرن، وبهما معا يتحقق مناط التفويض».

>> وليس لها كذلك، أن تنقل -من خلال التفويض- ولايتها التشريعية بأكملها، أو في جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية؛ ولا أن تقر قانون التفويض بأقل من أغلبية ثلثي أعضائها، وذلك لضمان أن يظل التفويض في حدود ضيقة لا تقريط فيها. وعليها دوماً بمقتضى نص المادة ١٠٨ من الدستور، أن تعين بنفسها "محل التفويض" وذلك من خلال تحديدها للقاطع للمسائل التي يتناولها، وأسس تنظيمها بقصد ضبط موضوع التفويض. وهي مكلفة كذلك بأن تجعل التفويض موقوتاً بمبدأ معلوم كي تكون مدته حداً زمنياً لا يجوز أن تتخطاه السلطة التنفيذية في ممارستها لاختصاصها الاستثنائي».

وخول السلطة التشريعية كذلك مراقبة تنفيذ السلطة التنفيذية بحدود التفويض، فألزمتها بأن تعرض على السلطة التشريعية التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً لقانون التفويض، وذلك في أول جلسة تدعى إليها بعد انتهاء مدة التفويض.

فاذا لم تعرض هذه التدابير على السلطة التشريعية، أو ولم تقرها بعد عرضها عليها، زال ما كان لها من قوة القانون. وكل ذلك ضماناً لممارسة هذا الاختصاص الاستثنائي في حدود القيود التي عليها الدستور، حصراً للنطاقه، وضبطاً لقواعده^(١).

١٩- وللقول بأن كثيراً من الدول تتخذ مجتمعاتها بصورة متزايدة، بما يعجز السلطة التشريعية فيها عن مباشرة مهامها بصورة مقترنة، ما لم تفوض غيرها في بعض اختصاصاتها في إطار خطوط عريضة وتوجيهية، مردود بأن حدود التفويض لا يجوز أن تنقسم بإلزامها، ولا بانسحابها أو إفراطها.

بل يتعين ضبطها بما لا ينتزع من السلطة التشريعية جوهر ولايتها، Encroachment Power، لتباشرها الجهة التي سلبتها منها بدون حق. وفي ذلك خطر كبير يتأتى من تجاه ميزان القوة لصالح السلطة التنفيذية، ليزداد عودها صلابة بما يجعل تجميعها لسلطاتها وتضاعفها Accumulation of

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية دستورية قاعدة رقم ٣٥ -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ ص ٣٥٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

Power، وكذلك تضخمها، Aggrandizement of Power نهجاً ثابتاً لها، يعمق طغيانها ويزيد وطأتها على من تسمم ببأسها.

ويتصل بما تقدم، أن تقرير السياسة الجنائية، وتحديد ملاحها من خلال نصوص قانونية تبين الضرورة الاجتماعية التي يقوم التجريم عليها، وموازن العقوبة التي يجوز فرضها على المذنبين؛ مما يجب أن تتواء السلطة التشريعية أصلاً. فلا يجوز تفويض السلطة القضائية في شيء من ذلك إخلالاً بتكامل السلطة التشريعية فيما يقع في نطاق اختصاصاتها الأصلية التي احتجزها الدستور لها^(١).

فقانون العقوبات في مصر يعاقب على جريمة الفعل الفاضح وعلى جريمة هناك العوض، دون أن يحدد لهاتين الجريمتين نموذجها القانوني، تاركاً للقضاء مهمة هذا التحديد، ومخالفاً بالتالي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، خاصة وأن التحديد القضائي لأية جريمة يقوم على معايير مختلفة قد يتلقض بعضها البعض، وقد يؤول إلى اتساع دائرة التجريم في زمن معين وتقليصها في زمن آخر، بما ينافي ضوابط التجريم التي تفترض وحده المعايير التشريعية لكل جريمة.

٢٠- كذلك فإن تبين القضاء فيما بينهم، وتفاوتهم في قدر العقوبة التي يوقعونها في الجريمة الواحدة Excessive Disparity لا يقول السلطة التشريعية أن تشكل لجنة غير قضائية مستقل رئيس الجمهورية بتعيين وعزل أعضائها لتغيا معاون القضاء في عملهم سواء من خلال معايير إرشادية تقدمها لهم بما يوحد كلمتهم أو يقربها في المسائل الجنائية التي يصلون فيها، أو بإحاطتهم بالضوابط التي يزلون بها العقوبة التي يوقعونها على الجناة.

ذلك أن التحديد التشريعي لمقدار العقوبة بما تختص به السلطة التشريعية. كذلك يدخل تقريردها في اختصاص السلطة القضائية التي لها كذلك أن تتصل في دستورية مناسبة العقوبة للجريمة التي تتصل بها. وكل تفويض يصدر عن السلطة التشريعية على خلاف الضوابط المتعمد بيانها، هو انقلاب من السلطة التشريعية على نفسها، بما يثير شكوكا خطيرة حول توازن السلطة بين الأفرع التي تباشرها^(٢).

(١) Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe line Co., 458 U.S. 50 (1982).

(٢) عكس ذلك قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية Mistretta v. United States, 488 U.S. 361 (1989).

٢١- للسلطة التنفيذية وحدها، بعد اعترافها بحكومة أجنبية، وتبادلها للعلاقات الدبلوماسية معها، أن ترتبط معها باتفاق ينظم تسوية بعض المسائل المتعلقة بينهما.

ولا يعتبر هذا الاتفاق معاهدة دولية قائمة بذاتها لا يجوز التصديق عليها قبل أن تقرها السلطة التشريعية. بل جزءاً من علاقة دولية متكاملة، بتقديمها اعترافها بالحكومة الأجنبية؛ ويتوسطها تبادلها للروابط الدبلوماسية معها؛ وخاتمتها حل المسائل المتنازع عليها باتفاق يتضمن تسويتها.

ولاختصاص السلطة التنفيذية وحدها بما تقدم، مردد أنها وحدها هي التي يجب أن يكون صوتها منفرداً في الشؤون الخارجية، توجهها بالطريقة التي تراها بما يوثق روابطها، ويرعى مصلحتها مع الدول الأجنبية المعنية^(١).

٢٢- وقد تواجه الدولة غزواً أجنبياً أو تمرداً داخلياً أو حرباً أهلية، بما يهدد تكامل إقليمها أو وحدة أبنائها أو تراتب مصالحها.

وقد تدفعها هذه المخاطر، فلا يكون يومسها مقابقتها إلا بتدابير عاجلة يكون عنصر الزمن حاسماً في فعاليتها.

وليس لازماً لاتخاذ هذه التدابير، أن يترىص رئيس الجمهورية قراراً من السلطة التشريعية تعلن به حرباً على القوة الغازية، أو الجماعة المتمردة، أو العصابة الانفصالية، ولو كان لامتور قد حولها وحدها الاختصاص بإصدار هذا القرار.

ولا كذلك استخدام رئيس الجمهورية للقوات المسلحة أو تكثيفها أو نشرها، بقصد القيام بأعمال عدائية فيما وراء الحدود الإقليمية لبلاده.

(١) United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937).

انظر كذلك قضية (1981) 453 U.S. 654 Dames and Moore v. Regan.

وتتلخص وقائعها في أن الرئيس الأمريكي كلرتر، عقد اتفاقاً مع الحكومة الإيرانية حتى تفرج إيران عن الرهائن الأمريكيين المحتجزين لديها. وقد توخى الاتفاق إبطال كل الحوز على الأموال الإيرانية بالولايات المتحدة، ووقف كل الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الأمريكية ضد إيران مع تقديمها إلى محكمة خاصة للتحكيم تكون قراراتها مازمة بشأنها. وقد أبدت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية هذا الاتفاق تأسيساً على أن الكونجرس إما أن يكون قد رخص صراحة به، أو وافق عليه بصورة ضمنية.

إذ تنظر هذه الأعمال في غيبة قرار بإعلان الحرب، مقيدة بالضرورة التي تقتضيها؛ ومشرؤطة بموافقة السلطة التشريعية- الصريحة أو الضمنية- وفي حدود الضوابط التي قررتها.

وللسطة التشريعية دوماً أن تقيد من سلطة رئيس الجمهورية في مجال استخدام القوة فيما وراء الحدود الإقليمية، وذلك من خلال حجبها التمويل اللازم لدعم الجهود الحربية.

٢٣- ويلاحظ أن نصوص الدستور الصريحة، لا تنص وحدها اختصاص كل سلطة، وإنما يتحدد اختصاصها -في صورته الإجمالية- من خلال العمل، فلا يكون إلا متموجاً على ضوء الحقائق العملية التي تفرض نفسها على صعيد الحياة السياسية.

وإذا كان النزاع قد ثار بين السلطة التشريعية ورئيس الجمهورية في مجال لهما الأحق بتقرير الشؤون السياسية، فإن نزاعاً من نوع آخر شجر بينهما في مجال ذاتية كل من هذين الفرعين، ورفض كل منهما تدخل الآخر فيما يتعلق به من الشؤون التي يقوم عليها، ولو لم تكن لها طبيعة سياسية.

وتتلور هذه الصورة من النزاع بين الفرعين، المسائل الدستورية التي ينفرد كل منهما باتخاذ قرار نهائي فيها، ونطاق تكامل سلطاتهما، وحدود للتدخل فيها.

ويقع هذا النزاع على الأخص، إذا باشر رئيس الجمهورية سلوكاً أو أتى أعمالاً تخل بحقوق المواطنين أو حرياتهم، أو تعوق إدارة العدالة بصورة فعالة، أو تنقض حقوقاً مقررة لبعض أجهزة السلطة التنفيذية، وتحبط الأغراض المقصودة من تأسيسها.

٢٤- وقد لا يقبل رئيس الجمهورية طلباً قضائياً يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الشرائط التي سجل عليها الأحاديث التي أجراها مع معاونيه، قولاً بأن لأحاديثه هذه سرية في طبيعتها، وأن عرضها أو الإطلاع عليها من قبل آخرين ينتهكها، وأن سريتها هذه من امتيازاته التي لا يجوز أن تنتقصها السلطة القضائية؛ ولو كان إطلاعها على أجزاء من أحاديثه متصلاً باتهام جنائي، وولعاً وراء جدران مظلة لا تخل بسرية أحاديثه في مجموعها.

ولم تقبل السلطة القضائية الامتياز المطلق الذي يدعيه رئيس الجمهورية لأحاديثه هذه ونظيرت إليه، باعتباره متضمناً إسباغ حصانة غير موصوفة أو مقيدة عليها، لتحول بذاتها دون مباشرة السلطة القضائية لمهامها، رغم إنها لا تنقل شأنها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية Co - Equal Branches.

وفضلاً عن أن مبدأ الفصل بينها وبين هاتين السلطتين، لا يتوخى ضمان استقلالها الكامل عن بعضها البعض، بل ككل الدستور توازناً دقيقاً بينها تتمكن به كل سلطة من مباشرة وظائفها، وعلى الأكل لأن كل نزاع في شأن المصالح التي تدعيها أية سلطة لنفسها، ينبغي أن يحسم على ضوء ما يكفل لكل منها وظائفها الحيوية^(١).

وليس لرئيس الجمهورية بالتالي، أن يقاوم طلباً قضائياً Supoena يدعوه إلى أن يقدم إلى السلطة القضائية الأشرطة التي سجل عليها لأحدثه تلك، فإذا تدرع بسريرتها ليمتنع عن تقديمها إلى القضاء؛ وكانت لأحدثه هذه لا صلة لها بأسرار دبلوماسية أو حرية لا يجوز للقضاء لتتأهله؛ وكان الدستور وإن خلا من نص صريح يكفل لرئيس الجمهورية سرية اتصالاته مع معاونيه، إلا أن المصلحة في كتمانها تكون دستورية في أساسها إذا كان حجبتها ضرورياً لتمكين رئيس الجمهورية من أداء وظيفته بصورة فعالة.

فإذا ناقض إخفاءه لأحدثه مع معاونيه ما ينبغي أن يسود كل محاكمة جنائية منصفة من ضرورة تقديم الأدلة المتصلة بها، والجاز قبولها، إلى القضاء الذين يدهم سلطة تقديرها ووزنها^(٢)؛ وكان من شأن الطبيعة المطلقة لامتياز رئيس الجمهورية المدعى به، أن تتوفر مدخل ثرية لإرهاق الحقيقة أو إجهادها، فلا يكون إزهاقها إلا نتيجة مترتبة على إطلاق هذا الامتياز؛ وعلاقاً بون مباشرة القضاء لوظائفهم في نطاقه المنطقي؛ وحالاً بون أعمال شرط الوسائل القانونية المسلمة؛ ومرجحا عصرية المصلحة في كتمان رئيس الجمهورية لاتصالاته مع معاونيه، على ضرورة تخصيصها بالدعوى الجنائية التي لازال الاتهام فيها مطلقاً لم يحسم، والفصل فيه مرتبطاً بأدلة تضمنتها لأشرطة التسجيل التي احتفظ بها رئيس الجمهورية، فإن لم يقدمها صار فوق القانون^(٣).

(١) ويلاحظ أن أية لجنة تشكلها السلطة التشريعية لتتقصى الحقائق، لا تستطيع الحصول جبراً من رئيس الجمهورية على معلومات يرى كتمانها.

Gerald Gunther, Constitutional law, eleventh edition, p. 365

(٢) تنقسم النظم الجنائية الإجرائية بخاصة الجبرية التي تحتم عرض جميع الأدلة على الجهة القضائية التي تفصل في الاتهام الجنائي، وتخول الدفاع وسلطة الاتهام حق مناقشتها، وإلا تطلق الطريق إلى الحقيقة أو صار بلوغها محفوفاً بالمخاطر. لا استثناء من هذه القاعدة إلا لمصلحة جوهريّة كحق الشخص في ألا يقدم بنفسه دليل إدانته Self-incrimination

(٣) انظر في ذلك قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد الرئيس الأمريكي نيكسون، وكان قد صدر ضده أمر قضائي يلزمه بأن يقدم إلى المحكمة الجنائية بعض الأشرطة المسجلة عليها لأحدثه مع معاونيه، وذلك للفصل في اتهام جنائي في شأن فضيحة ووترجيت The Watergate Tapes litigation التي تنصص فيها- ومن أجل دعم حملته الانتخابية- على الحزب الديموقراطي المنافس. ولكن الرئيس نيكسون تدرع بأن من حقه كترئيس للجمهورية أن يكتم لأحدثه مع معاونيه، فلا يرفعها أحد.

United States v. Nixon, 418 U.S. 683, (1974).

ولا يجوز بالتالى -وعلى ضوء مبدأ الخضوع للقانون- أن يعانى الأبرياء، ولا أن يفر للجناة بنزوبهم Guilt shall not escape, or innocence suffer.

٢٥- ولا يعنى ما تقدم، أن تفصل السلطة القضائية فى كل نزاع يقع بين السلطين التشريعية والتنفيذية، أو بين إحدهما والسلطة القضائية، ذلك أن النزاع المطروح عليها قد يكون من طبيعة سياسية تخرجه عن ولايتها.

وهو ما يتحقق على الأخص، إما لأن الدستور عهد باتخاذ القرار النهائى فى مسائل يعونها إلى السلطة التشريعية أو التنفيذية Constitutional Commitment؛ وإما لأن السلطة القضائية ذاتها لا تتوافر لديها الوسائل والموازن والحقائق المحايدة التى تفصل على ضوئها فيما يطرح عليها من المسائل الدستورية؛ Judicially Manageable Standards and Data؛ وإما لأن السلطة القضائية، فى تعاملها مع السلطين التشريعية والتنفيذية، ينبغى أن تكون أكثر حذراً من خلال تحوطها فى تقدير ما يدخل من أعمالها فى إطار 'رقابتها على الشرعية الدستورية Prudential Considerations، ضماناً لفصل ولايتها عن هاتين السلطين، وتوقفاً لصراع مهما، وتجنباً لأن يصدر فى الموضوع الواحد أكثر من قرار من أكثر من فرع من فروع السلطة. فلا يكون الموضوع الواحد منظماً بقاعدة قانونية واحدة، وإنما بأكثر من قاعدة بالتالى بعضها البعض.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا من خلال تقريرها لأمرين

أولهما: أن الأعمال السياسية هى التى تكون كذلك بالنظر إلى طبيعتها؛ لتحدد خصائص هذه الأعمال، جوهرها. ولا يجوز للسلطة التشريعية بالتالى أن تضفى صفة الأعمال السياسية على أعمال تنافىها ولا تلتزم معها.

ثانيهما: أنه كلما كان خوض المحكمة فى دستورية المسائل المطروحة عليها، متوقفاً على موازين وضوابط ومعلومات لا تتوافر لديها؛ فإنها تخرج عن ولايتها؛ وأنه على ضوء ما تقدم، فإن كل معاهدة دولية -ولها كان موضوعها- لا تعتبر بصفة تلقائية -رباءة على مجرد تنظيمها لعلاقات دولية- من الأعمال السياسية^(١).

(١) دستورية عليا -القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ١٩ يوليو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣١ ص ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٧)

حقيقة المسائل السياسية

٢٦- وينبغي أن يلاحظ في شأن ما يعتبر من المسائل الدستورية من طبيعة سياسية Political Issues ما يأتي:

أولاً: على جهة الرقابة على التشريعية الدستورية، أن تفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، ولو خالفتها ملامح سياسية، أو كان قضاؤها في المسائل الدستورية المعروضة عليها بصلام توجهها للملطة التشريعية أو التنفيذية، أو منطقياً على إخراج إحداهما.

ويتعين دوماً أن يكون فصلهما في المسائل الدستورية المعروضة عليها دالاً على تحوطها، وأنها لا تعتبر مجرد هيئة قضائية لتنفيذ حكم الدستور، بل توازنها سلطتان أخريان لكل منهما اختصاصاتها الثابتة التي لا يجوز إكثارها أو تهيمشها.

ثانياً: أن تعدد الفصل في بعض المسائل الدستورية لا يحيلها إلى مسائل سياسية لا يجوز إصدار حكم قضائي فيها. ذلك إن المسائل السياسية تغاير في نوعها -لا في درجتها- التفسير المنهجي للدستور باعتباره أداة تحديد الحقوق التي كفلها. ولا يتصور بالتالي أن يكون هذا التفسير متوخياً غير إنفاذ القيود التي فرضها الدستور على السلطتين التشريعية والتنفيذية.

ثالثاً: أن إبطال جهة الرقابة على الدستورية لنصوص قانونية مطعون عليها أمامها، لا يجوز أن يفطر إليه بوصفه تعبيراً من جهتها عن احتقارها لسلطة أخرى توليها وتساويها، إلا إذا كان هذا الحكم منطقياً على اغتصابها لسلطة لا تملكها في إطار وظائفها القضائية.

رابعاً: لأن صرح القول بأن المسائل السياسية لا يحيطها معيار عام ينتظم كل تطبيقاتها، وأنها تخرج بطبيعتها عن الولاية القضائية؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية، ظل دائراً بين أكثر من تصور:

* نظرة تقليدية CLASSICAL VIEW تخول جهة الرقابة القضائية حق الفصل في المسائل الدستورية جميعها عدا ما يدخل منها -وفقاً لتفسيرها هي للدستور- في إطار الاختصاص المنفرد للسلطة التشريعية أو التنفيذية.

* ونظرة تحوطية PRUDENTIAL VIEW قوامها أن تنظر جهة الرقابة القضائية إلى المسائل السياسية باعتبارها وسائل تجنبها الفصل في المسائل الدستورية المعروضة عليها، كلما كان خوضها في موضوعها، منتهيا إلى تقييد سلطتها، أو إلى وقوعها في صراع مع السلطتين التشريعية والتنفيذية لا تؤمن عواقبه، أو حثها على اللجوء إلى حلول وسط تناقض قواعد سابقة قررتها.

* ونظرة وظيفية FUNCTIONAL APPROACH مناطها تقييم جهة الرقابة للعواقب التي تواجهها في مجال مباشرتها لوظيفتها القضائية، ويندرج تحتها:

أ- ألا تتوافر لديها موازين تقييم المسائل الدستورية المطروحة عليها، وضوابط الفصل فيها، وما يتصل بها من الحقائق المحايدة^(١).

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا -في مجال فصلها في دستورية قانون تضمن تكريما لبعض قادة حرب أكتوبر، من دون المدعى في الدعوى الدستورية- بأن تقييم أعمال هؤلاء القادة، وعلى ضوء قدر إسهامهم في الأعمال الحربية، ولاكتهم في تحقيق نتائجها، هي التي تحدد بصورة موضوعية، من يكون من بينهم أحق من غيره بالتقدير، أو امتثالا مع غيره في مركزه القانوني.

ومن ثم يفترض هذا التقييم، أن يكون دائرا -لبتداء وانتهاء- حول الأعمال الحربية، متضمنا تحليلها وتقديرها لعناصرها، مستغرقا كل تفصيلاتها، محيطا بها في دقائقها، مقابلا بين بعضها البعض، ولزنا بالقسط أداء قادتها جميعهم، منتهيا إلى ترتيبهم فيما بينهم على ضوء معايير منطقية ترجح بعضهم على بعض؛ وهو ما يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا^(٢).

ب- أن يكون الدستور قد نظر إلى بعض المسائل باعتبار أن صوتا واحدا ينبغي أن يهيم عليها، فلا تتفرق الآراء من حولها، كإدارة رئيس الجمهورية للشؤون الخارجية، وقراره بالتصديق على معاهدة دولية، أو إنهاء العمل بها بعد الدخول فيها.

(١) JEROME A.BARRON-C. THOMAS DIENES-Constitutional Law,1991, pp. 47-53.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ١٩ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ -القا:ج- قسم ٣٩ من ٥٩٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وهذه النظرة الوظيفية هي التي يجب الوقوف عندها. فلا ننظر إلى الصفة السياسية لبعض المسائل باعتبارها كامنة فيها لا تتفصل عنها. ذلك أن المسائل السياسية التي يخرج الفصل فيها من ولاية جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تحصل في أعطافها تكويناً ثابتاً ونهائياً. ولكن مضمونها قابل للتغيير بناء على عوامل متعددة يندرج عنصر الزمن تحتها^(١).

ويتعين بالتالي أن نتعامل معها جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية على ضوء نظرة ضيقة ومرتنة، لضمان أن يكون الخضوع للقانون قاعدة تحيط بأعمال السلطة التشريعية والتنفيذية جميعها، عدا ما يكون منها مستعصياً بطبيعته على الرقابة القضائية، أو مجاوزاً حدود الوظيفة القضائية.

(٨)

حقوق الفرد وحرياته في مواجهة السلطة

٢٧- كان الأفراد عملاً، وطوال فترة تطور الجماعة الدولية من ١٦٤٨ - ١٩١٨ خاضعين للسلطة النهائية للدولة. ولم يكن القانون الدولي يأخذ الأفراد في اعتباره إلا بوصفهم من رعايا الدولة التي تظلم بحمايتهم. فلا تحظى مصالحهم في الدول الأجنبية بحماية من دولهم، إلا من خلال الحماية الدبلوماسية التي توفرها لهم.

وإذا كان الأفراد خلال هذه المرحلة من تطور القانون الدولي، قد لعبوا دوراً ما على صعيد العلاقات الدولية، فذلك لأنهم يفيدون من معاهدة دولية تنطبق بالتجارة، أو بالملاحة، أو بأوضاع معاملتهم في الدول الأجنبية، أو بوصفهم نقطة لبديلة التي تحيل دولهم إليها في مجال اقتضائها قانوناً للحقوق التي يطلبونها، في مواجهة أضرار أصابتهم من الدول الأجنبية التي يقومون أو يعملون فيها.

ثم وقع بعد هذه الفترة، تطور محمود عن طريق تخويل كل منظمة نقابية حق الدفاع عن مصالح عمالها وأربابهم التي تحميها منظمة العمل الدولية.

(١) ودليل ذلك أن سلطة المشرع في تقسيم الدوائر الانتخابية، كانت تعتبر في الولايات المتحدة الأمريكية من المسائل السياسية. ثم عدلت المحكمة العليا عن ذلك في قضية Baker V. Carr.

أنظر في المسائل السياسية ص ٩٠ إلى ١٠٧ من الطبعة الثانية من مؤلف Laurence H. Tribe وعنوانه:

كذلك كان لامتلى كل أقلية عرقية أو لغوية أو دينية حق الدفاع عن مصالحها قبل الدول التي نقضتها، إخلالاً منها بالتزاماتها الواردة في معاهدتها الدولية.

غير أن استعمال المنظمة الدولية أو الأقلية العرقية أو اللغوية أو الدينية أو اللغوية للحقوق المخولة لها، كان منحصرًا عملاً في حدود ضيقة.

ثم تصاعد الاهتمام بعد الحرب العالمية الثانية بالحماية الدولية لحقوق الأفراد بوصفهم كذلك. إذ لم تعد هذه الحماية مقررّة للفرد باعتباره عضواً في منظمة وطنية عمالية أو غيرها، وإنما باعتباره إنساناً وكأننا فرداً *En tant qu'être humain individuel*.

وحدث هذا التطور العلم، إزاء إيمان الدول المنتصرة في هذه الحرب، بأن النازية والأوتقراطية قد اتبعتا عن فلسفة تكين باحتقار الإنسان، وتكظر إليه بوصفه مجرداً من كل احترام، وأن كرامته غير شيء.

وكان على هذه الدول، أن تعمل على إجهاض كل احتمال لعودة هذه الشرور من جديد، وأن تكون وسيلتها إلى دفعها، هي إصدار إعلان يتضمن القواعد الأساسية التي تكفل لكل إنسان أميته واحترامه.

وكانت الدول الغربية التي تنضمها الولايات المتحدة الأمريكية، من أكثر المدافعين عن هذا الاتجاه بالنظر إلى أن فلسفتها في مفهومها الشامل، وكذلك دساتيرها الوطنية، أساسها أن للإنسان حقوقاً ينبغي إعلانها في وثائق الحقوق تضمنها وتكرسها. *Declarations des droits* وكان منطقياً بالتالي أن تكفل الدفاع عن معتقداتها من النطاق الداخلي إلى القانون الدولي.

وسعى الاتحاد السوفيتي من جهته ليقاسم الدول الغربية اهتماماتها في مجال حقوق الإنسان، مما أسفر في النهاية عن ميثاق منظمة الأمم المتحدة مؤكداً ضرورة صون هذه الحقوق، وعلى أن تعمل الدول على ضمانتها من خلال معاهدتها الدولية التي تبرمها بوجه خاص لتأمين كرامته.

٢٨- وفي إطار هذا التطور، بلغ الاهتمام بحقوق الإنسان حداً كبيراً تمثل في العديد من المبادئ التي تبنتها الدول فيما بينها، سواء على الصعيد الدولي أو على نطاق تجمعاتها الإقليمية:

فعلى الصعيد الدولي، ووفقاً للمادة الأولى من البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية -والذي اعتمد وعرض للتوقيع والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر في ١٦/١٢/١٩٦٦- صار لكل فرد مشمولاً بولاية إحدى الدول المعتبرة طرفاً في هذا العهد، وفي البروتوكول الاختياري الملحق به، أن يقدم إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان المشار إليها في المادة ٢٨ من ذلك العهد، رسالة يدعى فيها إخلال هذه الدول بأحد الحقوق التي ضمنها العهد المذكور.

وعملًا بالمادة الثالثة من البروتوكول، على اللجنة أن تحيل إلى الدولة المعنية لرسالة المقدمة ضدها، كي تتولى بإيضاحاتها وبياناتها في شأنها، مع الإشارة إلى أية تدابير تكون قد اتخذتها في شأن الحق أو الحرية المدعى إخلالها بها.

وعلى ضوء المادتين ٥، ٦ من البروتوكول، تنتظر اللجنة في الرسائل المقدمة إليها وتقوم بدراستها، وتضمن ما تنتهي إليه في شأنها، تقريرها السنوي عن أعمالها الذي تقدمه إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي.

ومثل هذا التنظيم نراه في المادة ١٤ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التي اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق في ٢١/١٢/١٩٦٥.

كذلك تضمن القرار الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة في عامي ١٩٦٧ و ١٩٧٠^(١) تنظيمًا إجرائيًا يتوخى فحص الرسائل التي يقدمها أفراد يدعون وقوعهم ضحايا لإخلال جميع بحقوق الإنسان.

٢٩- وإذا كان ما تقدم يمثل بعض ملامح التطور على الصعيد الدولي لحقوق الفرد في مواجهة الدول التي تظل بحقوقه وحرياته؛ فإن تطوراً مماثلاً، وربما أبعد في مدام، تحقق كذلك على صعيد للدول الأوروبية في تجمعاتها التي تجاوز حدود أقاليمها Regionaux.

فالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (١٩٥٠) تقيم للفرد نظاماً مقدماً لصون حقوقه. ذلك أن المادة ٢٥ منها تخول اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، حق النظر في كل طلب يقدم إلى الأمانة

(١) Resolution 1235 (XLII) 1967. Resolution 1503 (XLVIII) 1970

للمجلس أوروبا من قبل شخص طبيعي، أو منظمة غير حكومية، أو مجموع من الأشخاص يدعون أنهم ضحايا إخلال إحدى الدول المتعاقدة، بالحقائق المنصوص عليها في الاتفاقية.

ولكل من قدم طلباً من هذا القبيل إلى هذه اللجنة، أن يمثل في مختلف المراحل الإجرائية لنظره، وأن يظهر كذلك أمام المحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان عدد الفصل في الحقوق التي يدعيها

وهذه القاعدة ذاتها، هي التي نراها كذلك في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان إسان خوسيه في ١٩٦٩/١١/٢٢.

ذلك أن المادة ٤٤ منها، تخول كل شخص، وكذلك كل مجموع من الأشخاص، فضلاً عن كل منظمة غير حكومية يكون معترفاً بها قانوناً في دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية، أن يوجه إلى اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان المشار إليها في المادة ٣٣، عريضة أو شكوى تنيد تضرره من كل خرق لهذه الاتفاقية يصدر عن إحدى الدول أطرافها.

٣٠- بيد أن التنظيم الدولي لحقوق الأفراد في مواجهة إخلال دولهم بها، رغم طبيعتها الإنسانية، يظل محدوداً في أهميته بالنظر إلى القواعد الضابطة لهذا التنظيم، وأهمها:

أولاً: أن الأفراد لا يستمدون حقهم في رد إخلال دولهم بالحقوق التي كفلتها الموائيق الدولية، إلا من خلال معاهدة دولية تكون هذه الدول أطرافاً فيها، وبمراعاة أحكامها التي يفيدون منها، وعن طريق طلب يقدمونه إلى الجهة التي عينتها المعاهدة.

وهم كذلك لا يملكون تنفيذ القرار الصادر من هذه الجهة في شأن طلباتهم، بل يعود تنفيذه إلى حسن نوايا دولهم وإرادتها. وليس بوسعهم متابعة إجراءاته قبل الفصل فيه. والاستثناء الواضح من الأحكام المتقدمة، تبلوره الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

ثانياً: أن التنظيم الإجرائي للفصل في طلباتهم، لا يتم إلا وفقاً لمعاهدة دولية، أو بناء على قرار صادر عن منظمة دولية، يتضمن بياناً واضحاً بالمسائل التي يجوز للتنظيم منها. ولا تقبل الدول عادة وفي الأعم من الأحوال - إثارة مسؤوليتها للدولية أو تحريكها من خلال تنظيم يقدمه الأفراد المضطرون من إخلالها بحقوق الإنسان التي كفلتها الموائيق الدولية.

ولمواجهة هذه الصعوبة، فإن المعاهدة الدولية تتضمن أحياناً شرط تخويل منظمة دولية، حق النظر فى إخلال لدول أطرافها بحقوق الأفراد الأساسية. ولا يعتبر هذا الشرط نافذاً فى مواجهة هذه الدول، إلا بموافقتها.

ثالثاً: أن للتنظيم الإجرائى المقرر فى المعاهدة الدولية، يتمحض عن نوع من الرقابة على أعمال تأتيها الدول أطرافها. ولا يعتبر فصلاً قضائياً فى خصومة يدعى فيها أحد الأفراد الإخلال بالحق أو الحرية التى يطلبها.

كذلك فإن القرار الصادر فى هذا التنظيم، لا يعتبر قراراً قضائياً قابلاً للتنفيذ بالقوة الجبرية، بل توصية صادرة عن المنظمة الدولية المعهود إليها بفحص التنظيم.

وهو ما يعنى أن الأفراد لا يحصلون على حقوقهم التى يدعون إخلال دولهم بها، إلا بموافقة دولهم هذه على الخضوع لتنظيم إجرائى دولى فى شأن انتهاكاتها لحقوق الإنسان وهى بعد موافقة يجوز لها الرجوع فيها، بما ينهى دور المنظمة الدولية التى كان الاختصاص معهوداً إليها بالنظر فيها.

ولا يجوز على ضوء هذه المأخذ، أن نغالى فى دور الأفراد فى مجال الحصول على الترضية المناسبة لحقوقهم الأساسية التى وقع الإخلال بها من قبل دولهم.

إذ ليس سهلاً على الدول أن تتخلى عن بعض امتيازاتها السيادية، وعلى الأخص ما يتصل منها بالسلطة الكاملة التى نفاذها على الأفراد الخاضعين لولايتها، وإن جاز القول بأن قبولهم لتنظيم إجرائى دولى ينظر فى إخلالها بحقوق مواطنيها، يمثل خطوة هامة، وإن كانت محدودة. ذلك أن الأسرة الدولية فى تكوينها الراهن تمثّل السلطة القطبية بيد الدول وحدها. ولا تأذن الدول بمثل هذا التنظيم إلا بقدر تسمحها.

كذلك فإن الدول هى التى تنشئ المنظمة الدولية التى يقدم إليها الأفراد ملتمسهم، وهى التى تعتمد للقواعد التى تحكم نشاطها، بما يجعل المنظمة الدولية واحدة من أدواتها التى تعينها على تحقيق مهام تبتغيها.

وهو ما يعنى اشتقاق المنظمة الدولية، لاختصاصاتها من الدول التى أنشأتها، ومن المعاهدة الدولية التى تعتبر مصدرا لوجودها^(١).

٣١- على أن تنمى قيم الحرية والعدل فى مواجهة السيطرة والتسلط، كان لها دور كبير فى تحقيق مفاهيم أفضل لصون إنسانية الفرد، وتخليصه من استغلال السلطة الاستعمارية لمصادر الثروة فى بلده، وعصفها بحريته وكرامته، وغيرها من مظاهر آدميته.

ولقد كان التحرر من رقة هذه السلطة فى كثير من الدول النامية، المقدمة الطبيعية لمواجهة صور القهر على اختلافها، ولوجود كيان مستقل لشعوب تريد أن تحظى بشار استقلالها، وبعائثق دولية تتكافأ فيها مع غيرها؛ وبمراعاة أن كل جماعة لا تعتبر بالضرورة شعبا يملك حق تقرير مصيره^(٢).

Une Certain population ne constituait pas un peuple pouvant pretendre à disposer de lui-meme.

وكان مما عزز حقوق الإنسان وكفل دعائم أكبر لضمائها، اتصال الدول فيما بينها وعزمها على تبادل صور من التعايش تتوافق فيها مصالحها وشعوبها مع بعضها، وتتجانس توجهاتهم الإنسانية.

وفى إطار هذا الاتجاه سرّك بدأ ونبدأ، ثم تصاعد فى درجته- أن صار للشعوب تلك الحقوق التى لا يجوز للنزول عنها ولا للتفريط فيها، والتى تتكافأ فيما بينها فى مجال الانتفاع بها مع تقيّد الدول جميعها باحترامها. ولا يجوز بالتالى التمييز بين شعوب قديمة، وشعوب جديدة؛ ولا بين شعوب تتكامل عناصر وجودها، وأخرى لا تزال فى دور التكوين؛ ولا بين حقوق كانت تحجبها عنها السلطة الاستعمارية، وبين حقوق يملئها التمييز عنصريا بين أجناسها^(٣).

(١) Antonio Cassese "les Individus". Droit International [Bilan et Perspectives]. Tome 1, 1991, pp. 119-127.

(٢) Cour International de Justice, Recueil. 1975., p. 33.

(٣) Raymand Ranjeva, les peuples et les mouvements de liberation nationale. Droit International [Bilan et perspectives] Tome 1. 1991, pp 108-118

٣٢- وإذا كان القانون الدولي قد ظل حتى الوقت الحاضر قانوناً منظماً للعلاقات بين الدول، مبيناً حدود اختصاصاتها؛ إلا أن هذا القانون صار يوجه عناية أكبر للأعمال التي تاتيها الدول في مواجهة الأفراد المشمولين بولايتها، سواء تعلق الأمر بغير مواطنيها وضرورة تأمين أشخاصهم وصون أموالهم؛ أو بمواطنيها، أو بمجموع من الأشخاص ككفلية عرقية مثلاً؛ أو بالحقوق الفردية والجماعية لكل إنسان، ويوصفه كذلك.

وكانت نقطة البداية في هذا التطور الإيجابي هي الإيمان بحق تقرير المصير لكل الشعوب.

وهو مبدأ أبنى عليه أن الدول التي كان القانون الدولي ينظر إليها دائماً باعتبارها أشخاص هذا القانون، هي في حقيقتها مجموع من الناس غايتها خدمتهم، والعمل على ضمان مسعادتهم، وأن الجماعة الدولية هو وعاء شعوب تجمعها الصفة الإنسانية، وعليها بالتالي أن توفر لها الأمن وسبيل الحماية التي تكفل ضمان مصالحها الحيوية، وأن تعمل بكل وسائلها على إجهاض قاعدة السيطرة المطلقة التي تفرضها الدول على رعاياها، وإبدالها بقاعدة للتكافؤ في الأسلحة بين الفرد والجماعة التي يعتبر عضواً فيها.

(٩)

تدويل حقوق الإنسان

٣٣- بل إن حقوق الإنسان التي كان ينظر إليها باعتبارها من الشؤون الداخلية للدول، قادتها ثورة تنوخى تدويلها^(١) Internationalisation du statut Juridique de l'être humain وهي ثورة كانت بدايتها فيما بين الحربين العالميتين، ثم صارت معلماً بارزاً فيما بعدهما بعد عسوان النازية والفاشية على الحقوق الأولية للإنسان.

إلا أن هذه الثورة لم تبلغ غايتها بالرغم من إيمانها بقيمة الفرد، ومسعيها لضمان مسعاده، ونظرها إلى إنسانيته باعتبارها معقد الأمر فيه. ذلك أن إنسانية الفرد لم تصل إلى حد تأكيد حقوق يختص بها ويتلقاها مباشرة من قواعد القانون الدولي Destinataires directs des normes de droit International، وإن جاز القول بأن هذا القانون يتطور بصورة مطردة في اتجاه التحول إلى قانون عالمي للإنسان والشعوب، وهو ما تمثل بوجه خاص في الجيل الأول لحقوق الإنسان التي تضمنها

(١) في عام ١٩٩٢ أصدر معهد القانون الدولي إعلاناً في شأن الحقوق الدولية للإنسان، ويمقتضاه يقف الفرد جنباً إلى جنب مع الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولي.

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تحرر بها الفرد من القيود غير المبررة على حريته الشخصية؛ وفي الجيل الثاني لهذه الحقوق التي نص عليها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنصم خصائصها بأنها من طبيعة جماعية باعتبارها مبلورة حقوق الأسرة البشرية على تباين مقاصد أعضائها وتوجهاتهم.

بل إن الجيل الثالث لحقوق الإنسان، التي يمثلها الحق في البيئة وفي إقرار السلم، وفي وجود نمة مالية مشتركة للإنسانية، زاد من ثراء قواعد القانون الدولي من خلال اتساع دائرة تطبيقها.

ويظل لهذه الحقوق جميعها -على تباينها- أغراضها الانهائية التي تتحدد وفق مجموعة من القيم الإنسانية التي لا يجوز تجاهلها، والتي يندرج تحتها أن النزاع إذا كان مسلحاً -وسواء كان هذا النزاع داخلياً أو خارجياً- ينبغي أن يحاط بالقوم المائدة عند حوته، ولو كان بعضها أو جميعها يناقض قيماً تنبئها عهود سابقة. ذلك أن ما كان متولفاً لكل فرد في مواجهة هذا النزاع من وسائل الحماية، قد يظهر قاصراً عن أن يوفر لهذه الحماية أساليبها أمام تقدم فنون القتال وتعقد أدواتها وتعاطم مخاطرها، فلا يكون الإصرار على الوسائل القديمة، إلا تجاهلاً لحقيقة التطور في محيطها.

كذلك فإن فورق الثروة بين الدول الغنية والفقيرة، وما نشأ عنها من خلل في مجال تكلفتها واقميا في مظاهر السيادة التي تباشرها، دعا الدول الفقيرة إلى أن تؤكد سيطرتها على مصادر الثروة في أقاليمها، وأن تعمل على تطوير مظاهر الحياة من خلال طلبها استثمار طاقاتها بكل عناصرها، ومن بينها أن سون التوازن الأيكولوجي في بقاع الأرض جميعها، يعتبر شرطاً أولياً لضمان تقدمها؛ وأن نبذها لكل صور الصراع فيما بينها، يعزز قدراتها على التعايش في سلام، وبشكل إطار صحي لحركتها؛ وأن التنمية بكل روافدها، تعد طريقاً وحيداً لتسخير مواردها وفق أولوياتها، وفي إطار من نقل التكنولوجيا المتطورة وتعليمها.

(١٠)

أثر وثائق إعلان حقوق الإنسان على تطويرها

٣٤- تلك ملامح لبعض مظاهر التطور في الجماعة الدولية. بيد أن توضيحها وأعمقها لثراً على الصعيد الداخلي، تمثل في وثائق إعلان الحقوق التي يشتم هذا العصر بذويعها بين ألسوام يختلفون فيما بينهم ثقافة وديانة ولغة وتاريخاً، وإيمانهم بأن لهذه الوثائق حرمتها، وأنها بمضمونها قيد على الأنواع المختلفة التي تباشر السلطة بكل مظاهرها، فلا تكون حركتها إلا من أجل العمل على

تحقيقها، خاصة وأن إعلان هذه الوثائق. لفتن إما بإبراجها في المصور، أو بتقريرها استقلالاً عن نصوصه، مع تمتعها بقوة النصوص الدستورية ذاتها.

ولم تكن هذه الوثائق تمثل خطوة بطيئة أو مترددة في مجتمعاتها، بل انقلاب على أوضاع قائمة فيها، وتغييراً عميقاً في مكوناتها. بما يجعل ضماناتها بديلاً عن آراء وأفكار تطلق السلطة من عقائدها، وتحررها من كوابحها؛ واختياراً يناقض ديمقراطية الصفوة؛ وديكتاتورية البروليتاريات؛ ويجهد سياسة الإماء والاحتواء والإغواء، التي تفرضها السلطة بقوتها، وبالأموال التي تستعمل بها - من يعارضونها؛ فلا ترجح للمصالح الضيقة، أمالاً عريضة متفككة، بما ينال من حكم القانون.

وقد دل اطراد العمل بوثائق الحقوق في إطار القيم التي تحتضنها، على معارضتها أفكاراً عتيقة بالية، كذلك التي تجعل البرلمان محورياً للسلطة بكل أشكالها يمارسها دون قيد عليها.

كذلك كان من شأن هذه الوثائق إعلاء مفاهيم جديدة لا تسمو بها السلطة على مواطنيها، بل ترفع مصالحهم كضمان لمشروعية وجودها، مما هيأ لقاعدة الخضوع للقانون أسسها، وأكد ضرورتها.

بيد أن أكثر ما كان يروع المواطنين ويثير قلقهم، أن وثائق إعلان الحقوق لا تكفل بذاتها ضمان حقوق الفرد وحرياته؛ وأن انتزاعهم حقوق السيادة بأيديهم، لا يكون إلا بتكلفة باهظة؛ وغير مخاطر متنوعة؛ وأن حقائق التاريخ كثيراً ما تعيد نفسها، فلا تكون الحرية بأمين من عدوان السلطة عليها، خاصة وأن تقييد اعوجاجها وإن كان مطلوباً، إلا أن جهد السلطة القضائية في ذلك، كان أقل من أن يكون كافياً بالنظر إلى لئ محسبتها عن أخطائها، قلما تثار عملاً.

وشاع بالتالي تصور القانون باعتباره غريباً عن كثرة الناس وعامتهم، قريباً من خاصتهم وأصفيائهم الذين يطوعون القانون لإرادتهم، فلا يكون عصياً عليها، أو حائلاً دون تحقيقها.

بل إن الناس في عمومهم غم يفهمون القانون. وفرصتهم في الإسهام في الحياة السياسية تتضاءل يوماً بعد يوم، واختير هم للحكومة التي تمثلهم اختياراً حراً، كثيراً ما يكون سلباً. ولم يجد أمامهم من ضمان لإرساء الديموقراطية وتعميقها، غير الإصرار عليها، قيو لا يتبعها، حتى لا تتقضم سلطة أيا كان ورنه؛ أو - في جهده

٣٥- كذلك كان لبعض الفقهاء دور كبير في مجال تقليص الاهتمام بوثائق إعلان الحقوق التي نظروا إليها باعتبارها مجردة من كل قيمة قانونية^(١) ولأنها في حقيقتها لا تزيد عن مجرد إعلان للنوايا Declarations D'intentions أو محض أفكار فلسفية أو خلقية تنتم بالتميم، وبحاراتها للجوءاء، بما يجعلها قريبة من النصوص الأدبية، وبعدة عن القواعد القانونية.

وهم يقولون كذلك بأنه حتى بافتراض استقلال وثائق إعلان الحقوق عن التفسير ذاتها بما يقيم لها وجودا منفصلا عنها، إلا أن هذه الوثائق جميعها تحيل إلى القانون لتطبيق أحكامها، فلا يكون لهذه الحقوق من نفاذ بغير قانون يصدر عن السلطة التشريعية.

وفيما وراء هذا القانون، فإن وثائق إعلان الحقوق تنتم بطبيعتها الفلسفية المجردة من القيمة القانونية^(٢).

٣٦- على أن الإيمان بوثائق إعلان الحقوق، ويدورها في بناء مجتمعاتها، ظل عميقا عند المدافعين عنها^(٣)، خاصة وأن هذه الوثائق تصدر في الأعم عن السلطة ذاتها التي تؤسس للمستور، فتكون لها قيمة نصوصه، وذلك سواء نظرنا إلى هذه الوثائق بوصفها تعبيراً عن علاقة بين الفرد والجماعة بما ينفي طبيعتها الفردية، أم كان تقييمنا لها من منظور أغراضها التي تؤكد بصورة جازمة أن للبشر حقوقا طبيعية يقدمونها ولا يقبلون للنزول عنها، وأنهم يتلقونها -لا من الجماعة التي يعيشونها- بل من الطبيعة ذاتها، وأن دائرة تطبيقها لا تنحصر في الجهة التي يوجد الفرد في نطاقها، ولكنها تمتد إلى الأفراد جميعهم، وعلى امتداد مواقع بلدانهم، وفي الأزمان جميعها، بما يبلور عالميتها Universalité خاصة وأن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، لا يؤكدون بها غير حقوق قائمة من قبل، استقلالا عن إرادتهم.

ولم يكن دورهم بشأنها خلقا لها، بل مقصورا على مجرد تدوينها، لتعرض نفسها على السلطة التشريعية فيما يصدر عنها من القوانين.

(١) R.Carré De Malberg, Contribution à la theorie generale de L'Etat, Sirey, II, p. 580; A Eismein, Elements de droit Constitutionnel, Sirey, I, p. 601.

(٢) Domonique Rousseau, Droit du Contentieux Constitutionnel, 4 Edition, p.92

(٣) M. Hauriou, Precis de droit Constitutionnel, Sirey, p. 618. ; L. Duguit, Traité de droit constitutional, Paris, II, p.184.

وظل أمر القيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق مختلفا عليه، حتى بين القضاة أنفسهم فيما يعرض عليهم من القضايا.

وكان خلافهم في شأن هذه الوثائق، لا يتعلق بمبادئها للاماضة صياغتها، العنصرية معانيتها على التحديد، والمتنافرة في خصائصها مع القواعد القانونية التي لا يستقيم تطبيقها إلا بشرط وضوحها وضبط ألفاظها، وإنما دار خلافهم حول ما إذا كان لعبارتها الجلية معانيتها، المحددة ملامحها، قيمة دستورية^(١).

ذلك أنه حتى بعد تسليم المحاكم القضائية بالقيمة القانونية لوثائق إعلان الحقوق إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ظل مترددا في إسباغ هذه القيمة عليها حتى نهاية ١٩٥٠ حين أقر بوضوح بأن لديمقراطية دستور ١٩٤٤، ولإعلان الحقوق الصادر في ١٧٨٩/٨/٢٢^(٢) قيمة قانونية لا يجوز أن ينقضها عمل قانوني، إلا إذا كان صادرا عن السلطة التشريعية، أو عن السلطة التنفيذية في حدود القانون^(٣). وهو ما دل على أن وثائق إعلان الحقوق لم تكن لها حتى بعد التسليم بأهميتها، لا قيمة دستورية، ولا قيمة فلسفية، بل محض قيمة قانونية غير محددة طبيعتها. ولم يكن ذلك تقصيرا من القضاة، ولا تنصلا منهم من ولجبتهم، وإنما لأن المحيط السياسي من حولهم، أعجزهم عن إسباغ قيمة دستورية عليها.

(١) ومعنى ذلك أن الحقوق الواردة في الإعلان، والتي تضم عباراتها بضمومها، لا تكون لها أية قيمة قانونية، ولا يجوز معاملتها كالتقواعد القانونية.
(٢) ألحق هذا الإعلان بدستور (١٧٩١/٩/٣).

(٣) C.E. 11 Juil. 1956, Amicables des Annamités de Paris R.p317

انظر كذلك:

Maxime Letourneur "L'étendu du Contrôle de Juge de l'excès de pouvoir"

وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي، ولفترة طويلة، اعتبار القواعد الواضحة في إعلان الحقوق، من قبيل القواعد القانونية التي يجوز تطبيقها وتقرير جرائها على مخالفتها، مفضلا حمل قضائه في مجال الرقابة التي يباشرها على أعمال الإدارة، على المبادئ العامة للقانون Les Principes Generaux du Droit.

(١١)

تعميق وسائل الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣٧- ومع تغيير الأوضاع السياسية التي كان القضاء يعيشونها، من خلال تعميق الدعوة إلى تقرير وسائل للرقابة القضائية على دستورية القوانين، كانت ثمرتها الختامية إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي، استطاع هذا المجلس أن يقيم موازين جديدة لهذه الرقابة عن طريق تنوع أدواتها.

ومن ثم قرر في ١٦/٧/١٩٧١ معاملة ديباجة دستور ١٩٤٦ باعتبار أن لها قيمة دستورية^(١)، وأن يضاف بقراره في ٢٧/١٢/١٩٧٣ هذه القيمة ذاتها على (إعلان ١٧٨٩)^(٢). وأن يعامل كذلك -وبقراره الصادر في ١٥/١/١٩٧٥- كل النصوص التي تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٥٨ باعتبار أن لها قيمة دستورية^(٣).

ولم تعد النصوص التي يحتكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في دستورية القوانين Textes de Reference، مقصورة بالتالي على نصوص دستور ١٩٥٨ وإنما جاوزتها إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ وإلى المبادئ الجوهرية التي تضمنتها القوانين المعمول بها في الجمهورية Les Principes Fondamentaux reconnus par les lois de la Republic، وكذلك إلى ما ورد بديباجة دستور ١٩٤٦ من مبادئ أساسية سياسية واجتماعية واقتصادية تتوافق مضامينها مع حقائق العصر.

ومن مجموع هذه النصوص والمبادئ التي يسميها الفقهاء برزمة أو بكلمة Bloc de Constitutionnalité، تتحدد للرقابة على الدستورية، مرجعيتها. وبها تنقيد السلطة التشريعية فيما تشره من القوانين لتنوع بذلك مصادر الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، بما يتيح لها -في إطار هذا التنوع- مواجهة أشكال مختلفة من صور العوار التي قد نشوب النصوص القانونية.

فلا يكون تعدد مصادر هذه الرقابة، إلا كافلا لتدفق عطائها، وتوسع فرص تفويض النصوص القانونية المخالفة للشرعية الدستورية، بما يرد السلطة التشريعية عن انحرافها المحتمل، ويحفظها على

(١) C.C. 71 - 44 D.C., 16 Juil. 1971, R.p. 29.

(٢) C.C. 73 - 51 D.C., 27 dec. 1973, R.p. 25.

(٣) C.C. 74-54 D.C., 15 Janv. 1975, R.p. 19.

أن تعمل وفق مداخل توافق بين تشريعاتها ومجموع العناصر التي تشكل رزمة الدستورية. وصار منطقياً بالتالي أن تقرر القيمة الدستورية لنيابجة دستور ١٩٥٨، ولكل النصوص التي تحل إليها^(١).

٣٨- على أن كثيراً من النساير اليوم، تحرص على أن تكون حقوق الفرد وحياته محددة تفصيلاً في متونها. ومنها ما يحصر حقوق الأفراد وحياتهم ويحصرها في الدستور، ثم يفتح الطريق لتقرير حقوق أخرى غير التي نص عليها، وذلك من خلال نص عام يعتبر مخلاً لهذه الحقوق. ومن ذلك ما قضى به التحديك التاسع للدستور الأمريكي من أن النص في هذا الدستور على حقوق بذواتها، لا يجوز أن يفسر على معنى إنكار الحقوق الأخرى التي احتجزها المواطنون لأنفسهم، أو لتقليد من قدرها.

The enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

وفي مصر تفسر المحكمة الدستورية العليا حقوق المواطن وحياته المنصوص عليها في الدستور الدائم، على ضوء ما يقابلها في المواثيق الدولية، والتي يندرج تحتها بوجه خاص، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨، ووقته مصر.

ذلك إن المحكمة العليا^(٢) وإن اعتبرته مجرد توصية غير ملزمة ليس لها خصائص المعاهدة الدولية المصادق عليها أو مقوماتها، وأنه حتى لو اتخذ هذا الإعلان شكل معاهدة دولية، فإن تعديل مواده بقانون داخلي يكون جائزاً من الناحية الدستورية^(٣)؛ إلا أن المحكمة الدستورية العليا التي خلفتها، تنظر إلى المواثيق الدولية -لا باعتبارها جزءاً من الدستور- بل لأن تطبيقها في مجال حقوق الفرد وحياته الأساسية، يوفر للدولة للقانونية خصائصها التي لا يجوز معها أن تنزل في مجال الحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحياتهم، عن الحدود الدنيا لمطالباتها في الدول الديمقراطية.

(١) لا تشكل نصوص المعاهدات الدولية، في رزمة الدستورية.

(٢) هي الأسبق وجوداً من المحكمة الدستورية العليا، وقد أفردتها المشرع بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، مما أثار شكوكاً خطيرة حول دستورية هذه الرقابة التي كفلها المشرع لا الدستور. وظل أمر هذه الشكوك محيوطاً بها، إلى أن صدر للدستور الدائم وقضى في المادة ١٩٢ منه بأن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بشأنها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

(٣) محكمة عليا -الدعوى رقم ٧ لسنة ٢ قضائية عليا- "دستورية" جلسة أول مارس ١٩٧٥ -قاعدة رقم ٢٣- ص ٢٢٨ من القسم الأول من مجموعة أحكامها وقراراتها.

فلا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في هذه الدول ضمانة أساسية لصون حقوق الفرد وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تدبر بالنظر إلى مكوناتها - وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في المادة ٤١، ومنحها الرعاية الأوفى والأشمل تأكيداً لقيمتها، من بينها أن لكل جريمة عقوبتها، فلا يتحملها إلا من أدان عن الجريمة بوصفه مسؤولاً عنها؛ وأن قدر العقوبة أو مبلغها، ينبغي أن يكون مناسباً لخصائص الجريمة ودرجة خطورتها؛ وأن دستورية التجريم ترتبط بضرورته الاجتماعية؛ وأن العقوبة لا يجوز أن تكون مهينة في ذاتها، ولا منافية بقسوتها الحدود المنطقية اللازمة لضبطها؛ ولا منطوية على تقييد الحرية الشخصية بتفسير انتهاز الوسائل القانونية السليمة Due process of law؛ ولا متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد^(١).

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى الحقوق الأساسية للإنسان - لا على أساس ارتباطها بصفة الشخص كمواطن في بلد ما - بل لأن هذه الحقوق مردداً إلى الخصائص الجوهرية التي تميز النفس البشرية وتمنحها سماتها^(٢)، بما يؤكد الطبيعة الشاملة لهذه الحقوق، واتساع نطاق تطبيقها، وتمحور اهتمام الجماعة الدولية حولها، واستعصاء تنظيمها وفق معايير وطنية لا تأخذ في اعتبارها ما طرأ على هذه الحقوق من تطور؛ بما يجعل حمايتها داخلية ودولية ضرورة يقضيها ضمانها حتى يكون وجودها حقيقياً، فلا تمارسها سلطة في حدود غير منطقية؛ ولا تنظمها بما يخل بثوابتها وصحيح محتواها.

٣٩- وعلى ضوء هذه النظرة الشاملة التي تبنتها المحكمة الدستورية العليا في مصر لحقوق الفرد وحرياته، كان موقفها من المواثيق الدولية التي تنظمها. لنقيم منها - من خلال إحالتها إليها - دعائم لقضائنا. فلا تبدو حقوق الفرد وحرياته - وطنياً كان أم أجنبياً - بمعزل عن أفق أعرض تسعها، وتمهد لبتلائها - في مضامينها وغاياتها - مع تلك التي تقرتها الأمم المتحدة في مجتمعاتها،

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٥٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن الحقوق التي استخلصتها المحكمة من حماية الدستور للحرية الشخصية، غير منصوص عليها في الدستور، ذلك أن مبدأ شخصية المشاورية؛ ومناسبة العقوبة للجريمة موضوعها وشخص مرتكبها؛ وحظر إيقاع عقوبة قاسية أو شاذة لو مهينة؛ وعدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الفعل الواحد؛ وحظر تقييد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السليمة، جميعها مبادئ غير منصوص عليها في الدستور.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٠ - ص ٢٠٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

حتى تظل القيود عليها، بقدر ضرورتها، وفي الحدود التي تتسامح فيها النظم الديمقراطية، فلا يكون تنظيمها أدخل إلى مصادرتها، أو منتهيا إلى الحد منها.

ذلك أن لكل حق أو حرية، دائرة بذاتها هي النواة التي يدور حولها، والتي تتوافق الدول بوجه عام على ترسيم حدودها، فلا يجوز تنظيم الحق أو الحرية إلا فيما وراء حدودها الخارجية؛ وهي بعد دائرة لا يجوز التخطاها، فإذا نقض المشرع عليها أو قوض بنيانها، أحالها ركاباً^(١).

كذلك تنظر المحكمة الدستورية العليا إلى ديباجة الدستور للقائم -التي تسميها بعض الدساتير العربية <جالتوطئة>- باعتبارها جزءا من الدستور يشكل مع نصوصه كلا غير منقسم، لأنها مدخل إلى محتواه، وتبين على فهم بعض جوانبه، وعلى الأقل فيما ورد بالديباجة من معان واضحة تكون بذاتها كاشفة عن القاعدة القانونية الكامنة وراءها^(٢).

(١٢)

تعدد مدخل حماية حقوق الإنسان

٤٠- واليوم فإن الحماية الواجبة لحقوق الفرد وحياته لها مداخل متعددة في النطاق الداخلي:

أولها، النموذج الأمريكي. ويتحصل في النص على حقوق الأفراد وحياتهم في الدستور ذاته، مع تخويل محكمة عليا المرونة اللازمة والسلطة الكافية التي تحدد بها نطاقها، والأغراض التي توخاها، القيم التي تحتضنها، فلا تكون سلطة التفسير النهائي لنصوص الدستور لجهة غيرها^(٣).

The ultimate interpreter of the Constitution

(١) دستورية عليا للقضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ -القاعدة رقم ٤٥- ص ٢٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية دستورية جلسة ٢٠ يونيو ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٧- ص ٢٢٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) Powel V. McCormack, 395 U.S. 486, (1969).

ففي هذه القضية تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، أن مسئوليتها هي أن تعمل باعتبارها جهة للتفسير النهائي لأحكام الدستور

It is the responsibility of this court to act as the ultimate interpreter of the constitution.

وأضعفها، أن تكون الكلمة النهائية أو الرئيسية للبرلمان من خلال السلطة التقديرية المطلقة التي يملكها في مجال تنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم^(١).

مثلما هو الحال في المملكة المتحدة، وإن كان دخولها في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، قد جعلها ميثاقاً بطلو السلطة التشريعية ويقدها Une charte supranationale ويلزمها بتنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تطبيقاً لهذه الاتفاقية.

ولأسبغها، ذلك النظم التي تزوج في مجال ضمانها لحقوق الفرد وحرياته، بين السيادة البرلمانية والسيادة القضائية. وهو ما عليه الحال في كندا منذ نفاذ ميثاقها في شأن حقوق الأفراد وحرياتهم في ١٧ من أبريل ١٩٨٢. ذلك إن هذا الميثاق يمثل خطوة رئيسية بالغة الأهمية في الحولة الدستورية في هذا البلد منذ إقرار نظمها الفيدرالي في ١٨٦.

فمن جهة، يقرر هذا الميثاق، أن الحقوق المنصوص عليها فيه، لا يجوز تقييدها بغير قاعدة قانونية، وفي حدود منطقية، ووفق الضوابط التي احتفظتها الدول للديموقراطية الحرة.

ومن جهة ثانية، تخول المادة ٣٣ من هذا الميثاق، كلا من البرلمان ومشرع المقاطعة، الحق في أن يصرح في قانون يصدره، بسرمان أحكام هذا القانون، أو بعضها، دون ما اعتداد بحكم المادة الثانية من الميثاق، أو بالمواد من ٧ إلى ١٥ منه. وهو ما يحى وقفها خلال المدة التي نص عليها القانون، والتي لا يجوز في أية حال، أن تزيد على خمس سنين اعتباراً من وقت نفاذه.

فإذا لم يكن ثمة تصريح على النحو المتقدم [La clause Dérogatoire (Clause Nonobstant)]، فإن السلطة القضائية تستعيد ولايتها كاملة في مجال التفسير النهائي للدستور والميثاق^(٢).

(١) لبعض الوثائق أممية كبرى في المملكة المتحدة، فلا يجوز الخروج عليها ومن بينها مائتس الحقوق Petition of Rights وكذلك وثيقة الملجا كوتا.

(٢) Gerald. A. Beaudon, La Constitution du Canada, 2e Tirage, révisé, 1991, pp. 631, 788-790.

ويلاحظ أن المادة الثانية من الميثاق التي يجوز وقف العمل بها، تتكلم عن حرية العقيدة وحرية الفكر والاعتقاد وحرية التعبير وحرية الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال، وكذلك الحق في المجتمع وحرية الاجتماع. أما المواد من ٧ إلى ١٥، فتخص مجموعة من الحقوق، من بينها حق الإنسان في الحياة وفي الحرية، وفي السلامة الشخصية، وفي ألا يحتجز أو يسجن بصورة تصفية أو تحكيمية، وكذلك في تمتعه بالضمانات المنصوص عليها في المادة العاشرة من الميثاق في مواجهة التقيض أو الاعتقال.

٤١- ولا تقع بعض الدول، في مجال ضمانها لحقوق الفرد وحرياته، بالنص عليها في الدستور. ولكنها تحول دون تعديل نصوص الدستور التي تكفلها أو تنظمها، لتظل حقوق الفرد وحريته عصية على كل محاولة لتغيير مضمونها أو إيداعها بغيرها.

ومن هذه الدول جمهورية ألمانيا الاتحادية، التي كلل قانونها الأساسي -هو الدستور المعمول به فيها- السيادة لأحكامه؛ ونص على ضمان الحقوق الفردية استقلالا عن الدولة؛ وإنشأ نظاما يقوم على تقسيم السلطة وتوزيعها؛ وأقام سلطة قضائية لها استقلالها، على رأسها المحكمة الدستورية.

ثم قرن القانون الأساسي^(١) هذا التنظيم بشرط الدائمة Eternity clause المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة ٩٧ من هذا القانون، التي تحظر كل تعديل يتناول المبادئ المنصوص عليها في مادتيه الأولى والعشرين، التي تقرر لولاها أن كرامة الفرد لا يجوز انتهاكها؛ وأن على الدولة أن تعمل على احترامها وضمأن حمايتها؛ وأن حقوق الإنسان لا يجوز النزول عنها أو الإخلال بها؛ وأن شعبها يقر بضورتها لكل جماعة، وإرساء السلم والعدل؛ وأن الحقوق الأساسية المنصوص عليها في المواد التالية، تقيد كل سلطة بوصفها قانونا نافذا بصورة مباشرة As directly enforceable law.

(١) عمل بالقانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية اعتبارا من ٢٣ مايو ١٩٤٩. وقد سمي كذلك لأن الذين وضعوا هذا القانون، كانوا غير راضين في أن يخلعوا وصف الدستور على وثيقة صاغوها لتحكم جزءاً من ألمانيا، ولفترة محدودة تنتهي بالضرورة بتوحيد ألمانيا. وكانت وجهة نظرهم أن القانون الأساسي المذكور ينف سريانه اعتبارا من صدور دستور يحكم ألمانيا في جميع أجزائها بعد دمجها ببعض. ولأن هذا الدستور لن يقيدها مجلس برلماني Parliamentary Council ملتما هو الأمر في القانون الأساسي، وإنما توفقه الإرادة الحرة للشعب الألماني في مجموعه. ولكن الذي حدث كان غير ما توقعوه، فقد قبلت ألمانيا الشرقية الاندماج في ألمانيا الاتحادية (الجزء الغربي من ألمانيا) تحت القانون الأساسي، وهو ما دل على قبول المواطنين في مجموعهم لهذا القانون، حتى بعد توحيد ألمانيا بشروطها.

ويلاحظ أن القانون الأساسي تضمن تصالحا بين نزعة تقليدية تحررية من جهة، كان لها أثرها في صيغون هذا الدستور للحق في الحياة وتكامل الإنسان بنينا [مادة ٢]، وكذلك الحق في التكافؤ في المعاملة القانونية [مادة ٣] ونفسى مباشرة العقيدة [مادة ٤] وفي حرية التعبير [مادة ٥] وفي ضمان الحق في التجمع وحرية الاجتماع [مادتان ٩و٨] وفي حرمة الحياة الخاصة [مادة ١٠] وحرية الانتقال [مادة ١١] والحق في الملكية [مادة ١٤]؛ وبين نزعة اشتراكية من جهة ثانية تبلورها وظيفة الملكية والسيطرة الشعبية على الموارد الاقتصادية؛ ونزعة دينية من جهة ثالثة تمكسها الحماية التي يكفلها الدستور للزواج والأسرة، وحق الآباء في تعليم أبنائهم. وكان من شأن هذا التصالح أن أمن المواطنين بوجه عام، بأن قانونهم الأساسي جماع قيم يرتضونها، ووعاء لحقوقهم وواجبهم التي ناضلوا من أجلها.

وتتص ثانيتهما على أن جمهورية ألمانيا الاتحادية دولة ديمقراطية، ولشراكة فيدرالية؛ وأن سلطة الدولة -في كل صورها- نابعة من شعبها؛ وأنه يمارسها من خلال حق الاقتراع وحق اختيار ممثليه، وعن طريق سلطة تشريعية تصدر قوانينها بما لا يناقض النظام الدستوري، وسلطتين تنفيذية وقضائية، تنفيضان بالقانون والعدالة؛ وأن لكل للمواطنين الحق في مقاومة هؤلاء الذين يعدون إلى إلغاء النظام الدستوري لهذه الجمهورية، إذا تعذر حملهم على العدل عن موقفهم بطريقة أخرى.

تلك هي الأحكام التي حظر القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية تعديلها، وهي تدل على أن كرامة الإنسان هي القيمة الأعلى التي لا يجوز التفریط فيها؛ وأنها الدعامات التي ترتكز عليها كل الحقوق الإنسانية التي يصونها الدستور؛ بل هي نقطة البداية في كل نظام يرعاه.

ومن ثم كان ملطفاً أن يكون ضمان حقوق الفرد المترتبة على صون كرامته، كإللا أولويتها على ما عداها، ومؤكداً أيديتها من خلال حظر تعديلها، وجاعلاً لكل فرد وقع عدوان من السلطة على حقوقه، حق النفاذ إلى جهة القضاء المعادى للحصول منها على الترضية القضائية الملائمة، ما لم يكن المشرع قد عهد بالفصل فيما قد يثور من نزاع بشأنها لجهة غيرها^(١).

وهو ما يعنى أن حقوق الفرد وحرياته، لا تعتبر غاية في ذاتها مجردة من الضمانة القضائية التي تحميها. بل تكون هذه الضمانة جزءاً منها.

وما الدولة بكل هيكلها إلا أداة دمج الأفراد في مجتمعها لربطهم بقيم أعلى يكون فيها للفرد حراً بشرط إيمانه بأن الحقوق التي ينبغي أن يحوزها ليستمتع بها، هي تلك التي تتوافق الجماعة عليها، ويكون اعترافها بها كافلاً للخير العام، وهو ما تضمنه الديمقراطية التمثيلية في إطار مسن تقسيم السلطة والفصل بين أفرعها^(٢).

(١) الفقرة الرابعة من المادة ١٩ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية.

(٢) Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Second Edition, Duke University Press, pp.30-33.

(١٣)

خضوع السلطة للقانونأولاً. مبدأ الخضوع للقانون جوهر على الشرعية الدستورية

٤٢- يُلَوَّر مبدأ الخضوع للقانون، جوهر الرقابة على الشرعية الدستورية وأساسها. وهو كذلك ضمان لحمل السلطة أياً كان موقعها، على التقيد بالضوابط التي ألزمها الدستور بها ليمنعها من تعميق امتيازاتها، أو إساءة استخدامها، أو فرضها لقيم ترعى بها مصالح محدودة أهميتها، أو إهمالها إرادة مواطنيها أو امتنانها، أو تنظيماً لشئونهم بما يُروِّعهم، أو تسخّلها في مظاهر حياتهم الخاصة، أو انقلابها على حقوقهم وحرياتهم لطمسها، أو قمعها لخصومها لضمان طاعتهم لها.

ولقد كان الصراع من أجل إرساء قاعدة تقيد السلطة، ممتداً حقبة عريضة في أغوار الزمن. وتوخى دوماً أن تكون السلطة أفضل في عطائها ومصدقيتها وحيدتها وجاذبيتها، وأن يحكمها القانون وحده بالنصوص التي يتضمنها، والتي لا يجوز التحايل عليها سواءً لوقفها أو لتجاهلها.

ولتقرن تقيد السلطة في الدول الديمقراطية، بضرورة موازنتها بسلطة تقابلها وتعادلهما، وكان التحول دائماً من السلطة التنفيذية باعتبارها بؤرة القوة، ولأنها تميل عادة من خلال اتساع سلطانها، إلى قهر الآخرين وإنكار حرياتهم.

وصار للخضوع للقانون إطاراً ضد صور القهر على اختلافها، وضماناً لتنظيم الحرية بما لا يخل بمضمونها.

بل إن القانون كان يعد باطلاً إذا نقض فيما للعدل تطوّه، أو كان مجافياً للمنطق، أو كان تنفيذه مستحيلاً.

وظهر الدستور بالتالي باعتباره قانوناً أساسياً مستندا في إعلاء نصوصه على إرادة الجماهير العريضة التي صاغتها، فلا تكون السيادة لأية سلطة، بل لهذه الإرادة وحدها، وعنها تستمد السلطة مشروعيتها، وعلى ضوءها تعمل السلطة من أجل ضمان مصالح الجماهير التي فوضتها في تنظيمها.

وإذا كان لقوة السلطة توحشها كحيوان ضار، فإن إفراغ السلطة من عناصرها بأسها يفتدها فعاليّتها.

وصار ضروريا بالتالى ألا تتمحض السلطة عن امتياز الأشخاص الذين يشاركونها، وأن يقتصر إبداع السلطة فى أيديهم بتوزيعها، ويمر لقبها فى إطار القيود التى تحدد حركتها.

وهى قيود يقتضيها الدستور، وتقرضها جهة الرقابة على الدستورية حتى يكون تقاسم السلطة فعليا، وليس شكلا ظاهريا يدمج أفعلا فى بعضها L.A. CONFUSION DES POUVOIRS.

ويزيد من خطورة الأمر أن السلطة التشريعية فى كثير من الدول -والفامية بوجه خاص- لا تباشر رقابتها الفعلية على السلطة التنفيذية، ولا توازيها فى سطوتها. وصار الأصل هو خضوعها لها بطرائق مختلفة، وإن قارنها حرص السلطة التنفيذية على أن يكون للسلطة التشريعية وجوداً قانونياً، إبقاء على الواجهة الديمقراطية فى ظاهر ثوبها.

ثانياً: المفاهيم التى يقوم عليها مبدأ الخضوع للقانون

٤٣- وقد تطور مبدأ الخضوع للقانون إلى أن صار مثلاً أعلى فى إطار نظم ديمقراطية تبلور إرادة مواطنيها من خلال حق الاقتراع، وتعلو أغليبيتهم حق تشكيل هذه النظم، وتكفل لاجمعيهم تساويهم فى مجال إشراكهم عليها، ومحاسبتهم المسؤولين عن إدارتها، وتمثيلهم فيها تمثيلاً منصفاً، مع تنوع مراكز اتخاذ القرار. وكل للخضوع للقانون بالتالى، تعدد الآراء لا توحيدها، وربط مشروعية السلطة، بتساميها عن أهوائها، وبتمسكها مع خصومها، وببثيبتها لقيم ديمقراطية بتصدرها أن يكون إسناد السلطة وتوليها وتداولها عملاً تكافئياً حراً وعريضاً، وأن يتزاحم عليها بالتالى من يريدون الظفر بها، فلا يكون انتقاؤهم عملية تحكيمية، بل تفضيلاً وإعياً بصيراً.

ثالثاً: على القانون على السلطة بكل تنظيماتها

٤٤- وفى إطار هذه المفاهيم، صار لازماً أن يعطى القانون على السلطة بكل تنظيماتها، فلا يكون عتوانها على حقوق مواطنيها بغير جزاء، ولا مقاومة الحرافة تمرداً غير مقبول، ولا تنظيماً لشئونهم عملاً قسرياً يحملون عليه حملاً.

وإنما نرى السلطة حدودها لضمان مشروعيته، فلا تكون حركتها بعيداً عن النظم القانونية التى توجهها. بل تعمل فى إطارها وفق قيم الجماعة، وبما يصون مبادئها، ويندرج تحتها ضرورة أن تتوافق هذه النظم مع الدستور باعتباره وثيقة تقدمية، يرتبط إنفاذها بصرامة تطبيقها على ضوء أوضاع متغيرة بطبيعتها.

وتلك مهمة تتولاها المحكمة الدستورية العليا في مصر التي لا يجوز أن يكون موقفها من حماية نصوص الدستور متراجعا، بل مؤكدا عزمها على حراستها، ومنبثا عن ردها لكل صور العدوان على كل حق أو حرية كفلها الدستور، فلا تكون رقابتها على الشرعية الدستورية غير إدراك لمتطلباتها.

رابعاً: شرعية السلطة نفترض تداولها والقبول بها بالطرق الديمقراطية

٤٥- ولا تزال شرعية السلطة بعيدة عن أن تكون إرثاً أو تعاقباً زمنياً متصلة حلقاته إلى ما لا نهاية. وينالها كذلك أن تكون خطوة بائسة في مستقع أسن.

كذلك فإن انتزاع السلطة بالقوة لا يبرر ممارستها. وفرضها لإرادتها عنوة لا يوثق صلتها بمواطنيها.

واتحيازها لمصالحها الضيقة أو خروجها عن حدود التفويض المخول لها، يقوضها، ويمهد لزوالها.

ذلك إن ما يؤسسها ويدعو إلى احترامها، هو القبول العام بها. وما يطورها هو تنظيمها لبيئتها بصورة مقننة، ولحفاظها بأمال مواطنيها وتطلعاتهم.

وصح ما قرره المحكمة الدستورية العليا باطراد في أحكامها من أن مبدأ الخضوع للقانون، هو ركيزة الدولة القانونية وأساس بنيانها، وأن موداه أن تنقيد السلطان التنفيذية والتشريعية بالقواعد القانونية التي تلزمها، والتي يتحدد مضمونها على ضوء المقاييس التي التزمها الدول الديمقراطية باطراد في مجتمعاتها، واتخذتها طرائق لحياتها، ونهجاً لأشكال حركتها، ومظاهر سلوكها.

خامساً: يحدد الدستور لكل سلطة ولايتها ويوطقها

٤٦- وبدا واضحاً للأذهان أن الدستور وثيقة مدونة تطو بأحكامها على القواعد القانونية جميعها، وأنها تحدد لكل سلطة صلاحياتها، وتطوقها في الوقت ذاته *Conferred and circumscribed competence* وأن الأصل هو أن تباشر جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ولايتها في شأن النصوص القانونية جميعها، وإلا جاز القول بوجود مناطق من الدستور على الجهة للقضائية أن تفض عن أعيانها.

ومما يعزز قاعدة الخضوع للقانون، أن الأصل في الأفرع التي تنقسم السلطة، أنها متكافئة فيما بينها، وأن كلا منها يقوم بوظيفته في الحدود التي نص عليها الدستور؛ فلا ينتحل امتيازاً ثابتاً لفرع آخر؛ ولا يباشر مظاهر سلطته إلا على ضوء ضوابطها، كي يكون خضوعها للقانون، نالها احرفها، حالاً دون تحكمها.

كذلك فإن نزول الدولة -باعتبارها شخصاً قانونياً- على القواعد المقيدة لسلطتها، يوحد بين الفرقاء داخل الوسط الاجتماعي، ويحول دون تفكك صور الصراع بين بعضهم البعض، ويكفل شكلاً لمصالحة بينها وبين مواطنيها، وعلى الأكل في مجال دعوى حقوقهم وحررياتهم والعمل على حمايتهم.

سادساً: خضوع السلطة للقانون لا يناقض استقرارها

٤٧- كذلك لا يناقض خضوع السلطة للقانون، واجبها في أن تحفظ وجودها وأن تكفل وحدتها واستقرار نظمها، وأن تحقق للجماعة تماسكها بما يؤكد مفهوم التضامن الاجتماعي بين أبنائها الذين تتصاعد احتياجاتهم باطراد في محيط الجماعة، ووفق قيمها.

شأن خضوع الدولة للقانون، شأن خضوع غيرها من أشخاص القانون لأحكامه، وإلا كان الجزء قرين خروجها على نواحيه وأوامره، مما جعل البعض يقابل بين خضوع الدولة للقانون عن جهة، وبين تقييدها لسلطانها بنفسها من خلال القوانين التي تصدر عنها، والتي لا تلبس نزواتها وميلها إلى التسلط من جهة ثانية. *La theorie de l'autolimitation.*

سابعاً: الفصل بين شخصية السلطة والخضوع للقانون

٤٨- ويظل صحيحاً قانوناً، أن شخصية السلطة من ناحية، وخضوع من يباشرها للقانون من جهة ثانية، أمران متمايزان. ذلك أن كل قابض على السلطة، لا يباشرها إلا نيابة عن الجماعة، ولصالحها، وعلى ضوء قيمها^(١).

وفى هذه المنطقة تتحقق جهة الرقابة على الدستورية من مباشرة الاختصاص فى حدوده بعد تثبتها من وجوده.

وفى هذا المقام، ينبغى التمييز فى مجال تفسير الدستور، بين تفسير نهائى يعقد لجهة الرقابة القضائية على الشرعية للدستورية من جهة، وبين تفسير مبدئى تتولاه من جهة ثانية الأفرع التى تتوزع السلطة عليها -فى إطار من الاحترام المتبادل فيما بينهما- كى يحدد كل منها نطاق ولايته على ضوء فهمه لنصوص الدستور التى ترسم تخومها^(٢).

In the performance of assigned constitutional duties, each branch of the government must initially interpret the constitution, and the interpretation of its powers by any branch, is due great respect from the others.

ثامناً: بين الخضوع للقانون والسلطة التقديرية للمشرع

٤٩- ولا تتناقض للسلطة التقديرية -والأصل فيها هو الإطلاق- خضوع الدولة للقانون بما يفرضه عليها من قواعد تطوُّها.

ذلك إن السلطة التقديرية -سواء باشرتها السلطة التشريعية أو التنفيذية- هى فى حقيقتها موازنة بين البدائل التى تتراحم فيما بينها لتتظلم الموضوع الواحد، توطئة لاختيار أنظما تقييدا للحرية، وأقربها تصالاً بالأغراض التى يرك تحقيقها، ولدخلها حكم العلاقة القانونية المعنية، وبافتراض مشروعية هذه البدائل جميعها فى مضمونها وغاياتها.

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية- دستورية- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -قاعدة رقم ١٤- ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) United States V. Nixon 418. U.S. 683, (1974).

ولا كذلك أن يقيد الدستور السلطة التقديرية في بعض جوانبها، إذ يحيلها الدستور فيما تعلق به التقيد من صور اختصاصها، إلى سلطة مقيدة.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا بأن: "السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وإن كان الأصل هو إطلاقها، إلا أن القيود التي يفرضها الدستور على هذه السلطة، هي التي تبين تخوم الدائرة التي تصون الحقوق التي ضمنها الدستور، فلا يكون إلتحامها إلا عذوانا على هذه الحقوق مجانباً حدود تنظيمها، ومنتهياً إلى مصادرتها أو تقييدها"^(١).

بما مؤداه أن السلطة التقديرية لا يجوز أن تختلط بالسلطة للتحكيم. ذلك أن التقدير ليس استهواء أو تشبهاً، وإلا صار انحرافاً.

والنصال التقدير بموضوع معين، مقتضاه ألا يكون دلفراً في الفراغ. وتوخيه تحقيق أغراض بنواتها، يفترض ألا يكون التقدير منفكاً عنها.

ومن ثم تقوم علاقة منطقية بين النصوص القانونية التي صاغها المشرع من جهة، وبين أهدافها من جهة ثانية. ذلك إن هذه النصوص تعتبر مجرد وسائل اختارها المشرع لتحقيق الأغراض التي تسعى إليها من تنظيم موضوع معين.

فإذا لم تكن صلة منطقية بين النصوص القانونية، والأغراض التي توختها، صار لتنظيم التشريعي مغالفاً للدستور^(٢).

وأساس ذلك، أن تنظيم المشرع للحقوق غير مقصود لأغراض نظرية، بل يتغيا تحقيق مقاصد بنواتها حرص المشرع على بلوغها من خلال النصوص القانونية التي صاغها.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٥٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. كذلك القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٨/٥/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ ص ١٠٦ وما بعدها من هذا الجزء.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٨/٥/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولأن كل تنظيم يتضمن تقسيماً تشريعياً أو تصنيفاً Legislative classification من خلال الحقوق أو المزايا التي بمنحها لفئة دون أخرى، أو عن طريق الأعياء التي يلتقي على البعض أو التي يتفهم منها، فإن اتصال النصوص القانونية التي يقوم عليها هذا التقسيم التشريعي بأهدافها، ينبغي أن يكون حقيقياً، ومنطقياً، وإلا صار منطوياً على تمييز غير مبرر دستورياً.

ولا كذلك السلطة التحكيمية التي تتناقض بطبيعتها خضوعها للقانون، سواء عند ميلادها أو من خلال مظاهر مباشرتها. إذ تتمحض انفلاتاً من القواعد التي فرضها الدستور في مجال تأسيسها، وعلى صعيد ممارستها.

تاسعاً: منافاة الخضوع للقانون للنظم الاستثنائية كأصل عام

٥٠- ويلاحظ أخيراً، أن حقوق الأفراد وحررياتهم لا تصونها قوانين استثنائية لا تقتضيها الضرورة في أعقق ملاحظها. كذلك التي تعبر السلطة بها عن ميلها إلى العدوان أو إلى التسلط والاستعلاء. ذلك أن هذه القوانين تتمحض غلوا في مجال القيود التي تفرضها على حقوق الأفراد وحررياتهم. وتقوم على تطبيقها كذلك هيئة استثنائية سواء في تشكيلها أو في مضمون القواعد القانونية التي تطبقها، بما يخل بحق المناقضين في الحصول من قاضيه الطبيعي على الحسد الأدنى من ضماناتهم التي يكتفلها الدستور والقانون.

عاشراً: فرائض مبدأ الخضوع للقانون

٥١- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، يفترض مبدأ الخضوع للقانون:

أولاً: أن يكون الحقوق عينها قواعد موحدة سواء في مجال طلبها أو الدفاع عنها والقتضائها، أو على صعيد الطعن في الأحكام التي تنطق بها. ذلك أن الناس لا يتمايزون فيما بينهم في مجال فرضهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي؛ ولا في مضمون القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عينها؛ ولا في فعالية ضمانات الدفاع للحقوق ذاتها التي يدعونها؛ ولا في اقتضاها وفق مقاييس موحدة عند توفر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها^(١).

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية - "دستورية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١٠٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ثانياً: أن تكون القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية، واقعة في حدود ضيقة، لينبع اليقين بها حداً يعصمها من كل جدل حول دلالتها Legal Certainty، وحتى لا يكون تطبيق رجال السلطة لها، انتقائياً قائماً على معايير شخصية تخلطها الأهواء، وتتل من الأبرياء^(١).

ثالثاً: أن يرتبط نفاذ القاعدة القانونية في حق المخاطبين بها، بإعلانها من خلال نشرها لضعمان، نيوح أحكامها، واستتاع القول بالجهل بها. فلا يكون نشرها إلا ككافلاً وقوفهم على ماهيتها ونطاقها، حائلاً دون اتصالهم منها، ولو لم يكن علمهم بها يقيناً، أو كان إراكمهم لمضمونها مشكوكاً فيه.

ذلك أن حملهم قبل نشرها على النزول عليها -وهم من الأغيار في مجال تطبيقها- إخلال بحرياتهم وبحقوقهم التي كفلها الدستور، دون تقيد بالوسائل القانونية السلمية التي حدد الدستور تخومها وفصل أوضاعها، والتي يندرج تحتها أن القاعدة القانونية التي لا تنشر، لا توفر إخطاراً كافياً بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها. ولا يجوز التدخل بها -بعد زوال مقوماتها- لتنظيم حقوق المواطنين أو حرياتهم.

رابعاً: أن كل قاعدة قانونية لا تكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كذلك المتعلقة باقتراحها أو إقرارها، أو بإصدارها، أو بنشرها في الجريدة الرسمية؛ لا يستقيم بنائها، وتعامل بالتالي كالعدم سواء بمسواء.

والقول بأن القواعد القانونية التي لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها، مردود، بأن الرقابة على الشرعية الدستورية، تستهضها تلك النصوص التي جرى تطبيقها في شأن المخاطبين بها، سواء قارنتها عندئذ أو زيلتها قوة نفاذها، إذ يعتبر إخضاعهم لها، تخرلاً فعلياً Actual Interference في شئونهم، ملحقاً ضرراً مادياً أو محتملاً بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التي أحدثتها تصوراً نظرياً.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٥٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

خامساً: كلما ارتبط تجريم أفعال بذواتها بوقوعها في مكان معين، تعين على المشرع أن يبين أوصافه وجوده، بصورة جلية لا خفاء فيها، وإلا كان مجهلاً بنطاق الدائرة التي لا يتصور وقوع الأفعال التي أنشأها فيما وراء حدودها الخارجية^(١).

سابعاً: كذلك فإن ربط الأغراض التي يراد تحقيقها، بالوسائل إليها - means test - An end يعتبر أحد العناصر الجوهرية لخضوع للدولة للقانون.

وعلى ضوء هذه القاعدة، لا تقتصر جهة الرقابة على الدستورية إلى نصوص الدستور في ذاتها، ولكنها تجيل بصرها في أمر خارج عنها، هو ما إذا كانت القيود التي فرضتها السلطة التشريعية على الحقوق التي كفلها الدستور، ترقح محتواها، فلا تتناسبها، خاصة حين تربو الأعباء التي تفرضها النصوص القانونية في شأن حقوق الأفراد وحرياتهم، على الثمار التي تريد السلطة التشريعية أن تحصل عليها من وراء تنظيمها لها.

سابعاً: ويفترض الخضوع للقانون كذلك، وحدة البنيان الموضوعي للقيم A unified structure of substantive values وعلى الأخص تلك التي تتعلق بتحقيق ديموقراطية برلمانية حرة وتمثيلية، نزعها حقوق الأفراد وحرياتهم التي أدرجوها في الدستور.

وتنتهي موضوعية القيم الكامنة وراء الحقوق التي كفلها الدستور، في أن لكل منها وجوداً ولها في ظل أحكامه، فلا تعتبر مجرد قيم فلسفية، ولكنها تقيد كل سلطة وتلزمها بالنزول عليها في إطار عناصر نظامها القانوني ومفرداته.

فحق الاجتماع، والحق في الملكية وحرية التعبير، وحق الشخص في اختيار الحرفة التي يريد امتيائها، تقارنها مجموعة من القيم تعتبر غاية نهائية لهذه الحقوق، فلا يجوز الإخلال بها.

كذلك فإن الحق في صحافة متحررة من القيود التي تقوض استقلالها، لا يحول دون تنظيمها، لضمان القيم الموضوعية للجماعة في الديموقراطية والحرية، ومن بينها ألا تكون الصحافة أسيرة مصالح فتوية تهيمن عليها وتوجهها.

(١) لكل حماية بحرية -بالضرورة- حيز من المياه البحرية يكون محدداً للطوق الدائرة التي لا يتصور أن تقع الأفعال التي أنشأها المشرع فيما وراءها. فإذا لم يبين المشرع أصلاً حدود المحمية البحرية، أو أشار إليها بصورة إجمالية ثم أغفل نشر الخريطة التي تبين حدود المحمية في الجريدة الرسمية، فإن خاصية اليقين التي تهيمن على التجريم تكون متفانية، بما ينقض الخضوع للقانون، ويخل بالحرية الشخصية من خلال قيود غريبة مبررة تنال من جوهرها -الحكم السابق- ص ٣٣٧ - ٣٧٩ من الجزء السابع.

بيد أن موضوعية القيم، لا تعني أن تعزل جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، العناصر السياسية للقيم عن متطلباتها الواقعية. بل تتحدد هذه القيم على ضوء نظرة شاملة تحيط بكل العناصر التي كونتها، وعلى الأخص في محيط الرقابة على الدستورية التي لا ينفصل فيها القانون عن السياسية، بل يكون تدلخلهما تعبيراً عن جوهر هذه الرقابة وحقائقها. وموضوعية القيم الكاملة وراء نصوص الدستور، هي التي تعطى الحقوق التي كلها ضماناتها العملية وتقويها.

ذلك أن هذه القيم، هي التي تحكم للنظام القانوني في مجموع مكوناته، وتؤثر بالتالي في القانونيين العام والخاص، وتوجد تطبيقاتهما في كل ما يتصل بالأغراض النهائية التي تتوخاها الحقوق الأساسية التي ضمنها الدستور Objective underlying guaranteed basic rights.

كذلك فإن موضوعية القيم التي لحضنها الدستور، هي التي تظهر أحكامه مما يكون قد شابهها من غموض. ذلك أن هذه القيم هي التي تحدد من منظور اجتماعي - ما قصده الدستور بالحق أو الحرية محل الحماية^(١).

حادي عشر: مبدأ الخضوع للقانون في الدول الفيدرالية

٥٢- وفي الدول الفيدرالية، يقوم مبدأ الخضوع للقانون على صون مجموعة من القيم التي يمكن استخلاصها من نصوص الدستور الفيدرالي، من بينها ضمان وحدة الدولة الفيدرالية، وتكامل إقليمها، والتوفيق بين مصالحها ومصالح ولاياتها The principle of federal comity؛ وضمان نظامها

^(١) يلاحظ أن فهم جهة الرقابة على الدستورية، للقيم التي يحضنها الدستور، إما أن يتم على ضوء نظرة تحريرية Liberal theory تأخذ في اعتبارها الحرية الاقتصادية والحق في تقرير المصير، وتؤكد الطبيعة السلبية لحقوق الفرد في مواجهة الدولة، أو نظرة تربط حقوق الفرد بالتجمعات المختلفة، كالجماعات الدينية. ومسائل الأعلام ومراكز البحث العلمي وعلاقات الزواج والأسرة Institutional theory.

أو على ضوء نظرة تراعى أن لهذه القيم خصائصها الذاتية النابعة من كرامة الإنسان والمتولدة عن ملامح النفس البشرية وطبيعتها Value - oriented theory.

وقد ينظر إلى هذه القيم على ضوء ما يلائم بعض الحقوق من ملامح سياسية ذات طبيعة عرضية كالحق في حرية التعبير والاجتماع، فضلاً عن الدور الذي تلعبه الانتخابات والأحزاب السياسية Democratic theory. وأخيراً فإن النظرة الاجتماعية لهذه القيم Social theory تركز على أهمية العدالة الاجتماعية والحقوق الثقافية والأمن الاجتماعي. وعادة لا تمتد جهة الرقابة على الدستور في بحثها عن القيم الكامنة وراء نصوص الدستور، بنظرية دون أخرى، ولكنها تعمل على التوفيق بين عناصرها وتزيل التوتر بينها قدر الإمكان.

الديموقراطية الحر Free liberal democratic order؛ وإسهام أحزابها السياسية فى تكوين الإرادة السياسية لشعبها؛ وامتناع تعديل نصوص الدستور الفيدرالى التى حظر تعديلها Unconstitutional constitutional amendment؛ ومعاملة نصوص الدستور الفيدرالى باعتبارها مترابطة فيما بينها؛ The principle of the constitution's unity ونفعيلها للحصول على أقصى نواتجها The principle of optimal effect، فلا يقع تنازع فى القيم على صعيد الدولة الفيدرالية فى مجموع مكوناتها، ولا تحيط إحداها أغراضا لغيرها.

(١٤)

بين تدرج قواعد الدستور وتساويهاأولاً: نصوص الدستور لا تدرج فيها

٥٣- لقواعد الدستور جميعها مرتبة واحدة، فلا ينتظمها تدرج هرمي يقيم بعضها فوق بعض.

وفي ذلك يقول المحكمة الدستورية العليا:

>>الأصل في الحقوق التي كفلها الدستور أنها لا تتمايز فيما بينها، ولا ينتظمها تدرج هرمي يجعل بعضها أقل شأنًا من غيرها أو في مرتبة أدنى منها، بل تتكافأ في أن لكل منها مجالاً حيويًا لا يجوز اقتحامه بالقواعد التي تفرضها النصوص التشريعية. ويحدد هذا المجال بالنسبة إلى الحقوق التي نص عليها الدستور في صلبه، على ضوء طبيعة كل حق منها؛ وبمراعاة الأغراض النهائية التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره؛ وفي إطار الرابطة الحتمية التي تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التي كفلها الدستور، باعتباره مدخلا إليها، أو لازماً لصونها>>(').

ثانياً: ديباجة الدستور وقيمتها

٥٤- وشأن ديباجة الدستور، شأن القواعد المنصوص عليها في صلبه، كلما حوت هذه الديباجة قواعد من طبيعة دستورية. ولئن كان البعض يميز في ديباجة الدستور بين عباراتها الفاعضة التي لا يجوز التعويل عليها من جهة؛ وبين ألفاظها الواضحة التي يمكن ضبط معانيها من جهة ثانية؛ إلا أن ما ينبغي للتركيز عليه في ديباجة الدستور، ليس غموض معانيها أو وضوحها، وإنما القواعد القانونية التي تنبثق هذه الديباجة بها.

فكلما تحذر علينا أن نستبطن من هذه الديباجة -حتى في أجزائها الواضحة معانيها- قاعدة قانونية لها خصائص القواعد الدستورية وملامحها، فإن هذه الأجزاء تتعد قيمتها الدستورية، ولا تزيد

(١) دستورية عليا -القضيه رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية- مسؤرية جلسة ١٦ مايو ١٩٩٧ قاعدة رقم ٣٧ من ٣٤٤ ومسا؛

بعدها من المجد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

عبارتها عن أن تكون مراداً لحقائق تاريخية، أو لمرحلة من نضال الجماعة أو لأطوار من التطور بلغتها أو لأمال ترجوها وتخطط لها^(١).

ثالثاً: الوثائق ذات الطبيعة الدستورية وقيمتها

٥٥- وقد تكون بعض الوثائق ذات الطبيعة الدستورية، سبق في وجودها من الدستور. وقد تتعدد هذه الوثائق وتتنوع، ويزداد ثقلها تبعاً لاختلافها في المسائل التي تنظمها ولتساع أفاقها وتعدد جوانبها، وتعلق بعضها بالحقوق السياسية والمدنية، وبعضها الآخر بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية أو بمزيج منها. ومن ثم تشكل هذه الوثائق -في مجموع مفرداتها- روافد متكفلة لصورة هذه الحقوق جميعها.

وكثيراً ما يثير الجدل حول أهمية هذه الوثائق في علاقتها ببعضها، ودرجة الحماية التي يلبيها أن توفرها لها، وعما إذا كان قدم بعضها يسوغ إطرارها أو التقليل من أهميتها، أو تقديم غيرها عليها.

وتظهر حدة هذه المشكلة، إذا كانت جهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تحتكم في مجال فصلها في دستورية القوانين -إلى نصوص الدستور وحدها. بل تضم إليها وثائق أخرى لها طبيعة دستورية، وتشكل في مجموعها كتلة واحدة تكون معانيها غير متوافقة فيما بينها، بما لا يوحد بين أجزائها، بل يقيم بعض أشكال التعارض بينها، وعلى الأخص إذا صدرت هذه الوثائق في أزمان مختلفة تتباين ظروفها، وكان لها من تحددها وتساع أفاقها، ما ينفي تلاقيها فيما بينها. لاسيما وأن الآراء الفلسفية التي أوحثها، كثيراً ما تتنافر، فلا تصدر هذه الوثائق عن مفاهيم موحدة تجمعها، وتتحدد معانيها على ضوءها.

وقد يحيل الدستور القائم إلى هذه الوثائق كلها، بنص صريح فيه، كإفلا بذلك تساوياها فيما بينها.

(١) فما تنص عليه ديباجة الدستور القائم في مصر من أن شعب مصر العظيم يصل إلى جانب أمانة التاريخ، أهدافاً عظيمة للحاضر والمستقبل بنورها النضال العظيم والشاق لا يلبور -مع وضوح هذه العبارة- قاعدة قانونية يمكن استخلاصها منها. ولا كذلك ما جاء في هذه الديباجة من أن سيادة القانون ليست ضمناً مطلوباً لحرية الفرد، ولكنها الأسس الوحيد لمشروعية السلطة في نفس الوقت. ذلك أن مفاد هذه العبارة، أن سيادة القانون هي-التي تضمن الحرية الفردية، وأن السلطة لا تعتبر امتيازاً لصالحها يقبض عليها بالقوة، وإنما يمارسها وفق القانون.

وقد يصدر في شأن حقوق الإنسان وحرياته، إعلان أو أكثر يكون منفصلاً عن الدستور،
موجلاً في القدم، أو حديثاً، مواكبا لحقائق العصر أو متخلفاً عنها.

وقد تتعارض الوثائق الدستورية فيما بينها بالنظر إلى اختلافها في الأفكار الفلسفية التي
وجهتها. ذلك أن حقوق الأفراد وحرياتهم لا تجمعها دوماً نظرة واحدة، ولا تخالطها الأفكار عينها،
بل لكل منها وجهتها.

فمن وثائق إعلان الحقوق، ما يتعامل مع حرية التعبير وحرية الابتداع وحرية التنقل، باعتبارها
مقررة أصلاً لمصلحة ذويها، فلا يتدخل المشرع لتنظيمها إلا في أضيق الحدود، سواء لضمان انتفاع
أصحابها بها بطريقة أفضل، ولحماية استقلالهم فيما يقررونه بشأنها؛ أو ليوافق بين مباشرتها من
جهة، ووجود الجماعة التي يعيشونها من جهة ثانية.

وقد تنظر بعض الوثائق الدستورية إلى الحق في الصحة والحق في التعليم والحق التضامن من
زاوية اجتماعية، فلا تكفلها الدولة لمصلحة الفرد وحده استقلالاً عن غيره، وإنما تضمنها لمصلحة
مجموع من الأفراد يشكلون مجتمعها^(١).

ولا زال التعارض بين الوثائق فيما بينها، وكذلك فيما بين أجزاء الوثيقة الواحدة، حقيقة واقعة
لا مجال لإكراكها.

فالدستور الفرنسي لا يتضمن بين نصوصه، مبدأ المير المطرد للمرافق العامة بما يكفل
انتظامها. وإنما يستند هذا المبدأ، إلى القواعد الرئيسية التي ألغتها القوانين المعمول بها في
الجمهورية، والتي تشكل جزءاً من رزمة الدستورية التي يحكم إليها المجلس الدستوري الفرنسي عند
الفصل في دستورية القوانين قبل إصدارها.

(١) فإعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ يكشف عن طبيعة الفردية مؤسسا ديموقراطية سياسية، تديرها الدولة في
أضيق الحدود. ولا كذلك ديباجة دستور ١٩٦٤ التي تُلَوِّحُ بالطبيعة الجماعية لحقوق الأفراد وحرياتهم، وتقيم من
خلال النصوص التي تنظمها، ديموقراطية اشتراكية توجهها الدولة.

ومن المحقق، فإن مبدأ السير المطرد للمرافق العامة، ينافيه انقطاع العمال عن العمل من خلال إضرابهم. كذلك فإن لكل من الحرية الفردية والحق في التنقل قيمة دستورية قد يقدها -إلى حد كبير- ما تراه الدولة ضروريا من التدابير لتحقيق أغراض تتصل بالخير العام.

وبالمثل، فإن مبدأ الحرية الشخصية في تحديد الأجر، يناقض حق النقابة وحريتها في العمل من أجل صالح العمال المنضمين إليها من خلال فرضها شروط عمل أفضل، ومن بينها الأجر الملائم.

٥٦- ولئن جاز القول بأن التوفيق بين نصوص الوثيقة الواحدة، قد يزيل بعض مظاهر تناقض أحكامها، إلا أن صوراً أخرى من التعارض في ذات الوثيقة، قد تستعصى على التوفيق كحق الدولة في احتكار بعض وسائل الإعلام باعتباره نقض التعددية.

ويظل لجهة الرقابة على الشرعية الدستورية دوراً فاعلاً وعريضاً في سعيها للمواءمة بين الوثائق الدستورية التي تتخذها مرجعاً لها، عند الفصل في دستورية النصوص القانونية.

ويزداد دورها أهمية فيما غرض من نصوص هذه الوثائق، وضرورة تجليتها من خلال نظرة شاملة تحيط بها في مجموع أحكامها، على أن تستخلص جهة الرقابة على الدستورية، من هذه الوثائق، القواعد الدستورية بطبيعتها -ولو لم تكن متفرعة عن أصل ينتجها- ثم ترصد أغراضها النهائية، لتقيم بنيتها بصورة أكثر تماسكاً.

والأولوية التي يعطيها نفر من الفقهاء لبعض الوثائق الدستورية، أو تفضيلهم بعضها على بعض في مجال مولزنتهم بينها، لا تحصم ما يدعونه من تخرج هذه الوثائق من جهة ترتيبها فيما بينها، ولا تريد عن وجهة نظر شخصية يقولون بها^(١).

(١) يقول François Goguel وهو عضو قديم في المجلس الدستوري الفرنسي بأن المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتطلبها بوجه خاص أوضاع العصر، والتي تشير إليها ديباجة دستور ١٩٤٦ لا تحوز ذات القيمة الدستورية التي تتمتع بها الحقوق الملصوقة عليها في إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩. ذلك أن هذه الحقوق مطلقة في طبيعتها، وترتبط بالإنسان بوصفه كائناً بشرياً، بغض النظر عن زمن ومكان وجوده. أما المبادئ المشار إليها في ديباجة دستور ١٩٤٦، فإنها تنحصر عن حقوق نسبية، وترتبط بمجتمع محدد فلم في لحظة زمنية معينة.

François Goguel, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux*, in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982,p.236.

رابعاً: صدور الوثائق القانونية الدستورية في أزمنة مختلفة لا ينفي تضمينها

٥٧- فالوثائق الدستورية تتضمن مع بعضها، وليس لإحداها مركز قانوني خاص بها يقدمها على غيرها. بل يكون تماؤها هو الأصل الذي يحكمها، وعلى الأخص إذا أقرتها في مجموعها- جهة واحدة، وكان تأسيسها لها قد تم وفق قواعد موحدة للزمتها.

بما مؤده أن تعدد الوثائق الدستورية وتنوعها، لا يقدم بعضها على بعض، ولا يحصل دون تجانسها في عموم توجهاتها وتطبيقاتها، ولا يمنع من العمل على التوفيق بين أجزائها من خلال تفعيل الوحدة العضوية التي تجمعها.

خامساً: تنوع الوثائق الدستورية لا يجعل ألقها منسوخاً بالحقها

٥٨- على أن تعدد الوثائق الدستورية وتنوعها في البلد الواحد، لا يجوز أن يفسر على أن ألقها صار منسوخاً بالحقها بقدر ما بينهما من تماثل، La règle lex posterior ذلك أن صدور هذه الوثائق في أزمنة مختلفة، لا يفيد أن القديم منها يُلغى أفكاراً بالية عتيقة لها من قديمها ما يسوغ تجاوزها، وإبدال غيرها بها، ولا يجعل كذلك للوثائق القديمة أهمية محدودة في علاقتها بالوثائق اللاحقة عليها. ويظل هذا النظر صحيحاً ولو كانت الوثائق الأقدم، أكثر اقتراباً من جهة مضمونها- من حقائق العصر، لتكون لها عندئذ رفق ما يراه البعض- القيمة الدستورية الكاملة Pleine Valeur Constitutionnelle التي لا تتوازن معها الوثائق القديمة، بل تكون دونها. وهو أمر منطقي، ذلك أن إعطاء بعض الوثائق الدستورية قيمة دستورية كاملة، مؤده- بمفهوم المغالطة A contrario- أن سواها أقل قيمة منها، وهو ما يفيد علو بعض الوثائق على بعض، وتكرجها فيما بينها، وهو نظر غير صحيح لأمرين:

أولهما: أن دستور الدولة قد يدمج في ديباجته، كل الوثائق السابقة على إقراره، أي كان تاريخ اعتماد كل منها. فلا يكون لتعاقبها في الزمان من أثر على قيمتها الدستورية، بل تتعاون هذه الوثائق جميعها فيما بينها، لتقديم إلى جهة الرقابة على الدستورية الطول الملائمة للتوصل في المسائل الدستورية المعروضة عليها.

ثانيهما: أن تملأ هذه الوثائق على النحو المتقدم، مؤده تكاملها فيما بينها، فلا يكون بعضها لبعض إلا ظهراً، خاصة وأن اتصال بعض الوثائق الدستورية بحقائق نلمسها اليوم في الحياة، وإن

جعلها من زاوية واقعية أكثر لقتربا من المفاهيم المعاصرة؛ إلا أنه من ناحية قانونية، ليس ثمة قاعدة دستورية تعتبر أكثر دستورية Plus constitutionnel من قاعدة أخرى تماثلها في طبيعتها وخصائصها.

ولا بالتالي يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تقاضل بينها، إلا بقدر انتقاء المساعدة الدستورية التي تراها أكثر اتصالا بالنزاع المعروض عليها. فلا تكون قراعتها للوائح الدستورية في مجموعها، تغليباً لبعض قواعدها على بعض. بل بقصد اختيار أنسبها لحكم العلاقة القانونية المعنية.

٥٩- غير أن بعض الفقهاء يقيم تمييزاً بين اللوائح الدستورية -لا من جهة علاقتها ببعضها- بل من زاوية الحقوق التي تكفلها كلاً منها. ذلك أنهم يقولون إن لبعض الحقوق التي ضمانتها هذه اللوائح، درجة من الحماية أكثر من غيرها.

وهي بعد حماية تتحدد على ضوء مضمون الحق، ودوره في الجماعة من جهة تطويرها وتعميق مقوماتها.

بيد أن وجهة النظر هذه يحضنها أن هؤلاء الفقهاء أنفسهم لا يتفقون فيما بينهم على قائمة الحقوق التي يدعون تمتعها بحماية دستورية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية وحرية التعبير وحرية العقيدة وحرية الصحافة، على سواها^(١).

ويطأه آخرون من بينهم، الحرية الفردية وحرية العقيدة وحرية الاجتماع والحق في التعليم^(٢).

وينحاز نفر منهم إلى مجموع الحقوق الطبيعية التي لا تتقدم، والمقررة لكل فرد باعتباره إنساناً، ويندرج تحتها الحق في الحرية، وفي الملكية، والأمن، ومقاومة أشكال الاضطهاد على تباينها^(٣).

واختلافهم المتقدم في شأن أنواع الحقوق الأكثر أهمية من غيرها، والأجدر بالحماية الدستورية من سواها، يحمل وجهة نظر شخصية تقوض الضوابط الموضوعية للنظرية التي يقولون

(١) Bruno Genevois, la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel. E.D.C.E 1988, p.181.

(٢) Louis Favoreu, les libertés protégées par le conseil constitutionnel, in conseil constitutionnel, court européenne des droit de l'homme. 1990, p.33.

(٣) Dominique Turpin, Contentieux constitutionnel. P.U.F 1986, p.86.

بها، والتي لا تقرر فقط أن لبعض الحقوق أولوية أولى Premier rang وأن غيرها مرتبة ثانوية Second rang، ولكنها تنال كذلك من صحيح العلاقة بين الوثائق الدستورية بعضها البعض.

تلك أن تركيز المدافعين عن هذه النظرية، على قوائم الحقوق التي تتضمنها الوثائق الدستورية، والتي يرونها أكثر أهمية من غيرها، يقدم مآلاً بعض هذه الوثائق على سواها. وليس ذلك إلا ترتيباً يقوم على تدرج تلك الوثائق فيما بينها.

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة على الدستورية تحتم أحياناً إلى بعض الحقوق التي تتضمنها هذه الوثائق دون غيرها، فذلك بوصفها مدعوة إلى الفصل في نزاع معروض عليها يقتضيها أن تجل بصرها في جوانبه المختلفة لتحمل حكمها على أكثر الحقوق اتفاقاً مع طبيعته.

فلا يكون خوضها في نوع من الحقوق دون آخر، تعديلاً لبعضها على بعض، أو لترتيبها فيما بينها، وإنما هو اختيار منها للقاعدة القانونية الأقرب اتصالاً بالمسائل المطروحة عليها.

وقد تركز جهة الرقابة على الدستورية اهتمامها على مبدأ معين -لا من مفهوم التدرج بين القواعد القانونية- ولكن بوصفه ضماناً مبدئية لتعميق الديمقراطية وبقاء أسسها.

وصح بالتالي القول بأنه بغیر التعددية لا تستقيم حرية الصحافة، ولا غيرها من وسائل الإعلام والاتصال، وإن يكون دورها فاعلاً في مجال تطوير مجتمعها وتعميق ثقافتها.

ومن ثم تكون لهذه التعددية La pluralisme قيمة دستورية مطلقة تقتضي حماية أكبر -لا بالنظر إليها في ذاتها- وإنما بوصفها أحد شروط الديمقراطية ودعائمها Le fondement de la démocratie.

الكتاب الأول

الأسس العامة للرقابة على الشرعية الدستورية

الكتاب الأول

الخطوط الرئيسية للرقابة القضائية على الدستورية

الفصل الأول

الرقابة القضائية على الدستورية: مرجعها

٦٠- لا شبهة في أن للرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها التي تقتضي أن تنقيد الجهة التي تباشرها بالضوابط المرسومة لها، وأهمها أن تكون نصوص الدستور مرجعها في هذه الرقابة، عليها على القانون، وتقتضي على ضوئها في دستوريته.

ومفترضها أن تقابل جهة الرقابة على الدستورية بين قاعدتين قانونيتين لا تتحدان في مرتبتيهما، لترجح إحداها على ما دونها، بما يكفل السيادة للدستور، ويفرض قواعده على ما سواها من النصوص القانونية -لا لتصحيحها- وإنما من خلال إبطال ما يكون مخالفاً منها للدستور. وهو إبطال يقتضي أن تتخذ السلطة التشريعية من جلاها ما تراه من التدابير الملائمة التي تزيل بها الأكثر التي رتبها النصوص الباطلة في شأن من أضيروا من جراء تطبيقها عليهم.

٦١- على أن نصوص الدستور لا تعتبر في بعض الدول، مرجعاً وحيداً للرقابة القضائية على الدستورية، بل تقوم إلى جانبها دياباجته -لا في مجمل عباراتها الجلية منها أو الغامضة- بل فيما يكون من معانيها، وأشيا بالقاعدة الدستورية التي يمكن استخلاصها منها.

فإذا كانت دياباجة الدستور حتى في ألفاظها الصريحة، وعباراتها القاطعة، لا تنتج قاعدة دستورية في طبيعتها، وكان توليدها منها متعزراً؛ فلن دياباجة الدستور تفقد قيمتها الدستورية بالنسبة إلى أجزائها المرسل، وعباراتها الإثباتية. ولا يجوز بالتالي اعتبارها مرجعاً في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

وقد يقصر الدستور ودياباجته، عن تقديم حلول لبعض المسائل الدستورية التي تطرح على جهة الرقابة على الدستورية.

وقد تخرج للنصوص القانونية المطعون عليها عن كل علاقة منطقية تسوغها، فلا يكون دورها عن حقائق العدل واهياً، بل ظاهراً بئراً.

وفي هذه الفروض وما يشابهها، لا يكون أمام جهة الرقابة على الدستورية إلا أن تشمل نظرها في مفاهيم تقدر علوها على الدستور وديباجته، مستوحاة منها ما تراه معياراً ملائماً للفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ كأن تنظر في المسائل الدستورية المطروحة عليها، على ضوء مفاهيم الحقوق الطبيعية التي لا يمكن النزول عنها، أو تجزئتها، أو التصالح عليها؛ أو بالرجوع إلى القانون المقارن؛ أو إلى القيم التي ألبنتها الجماعة ومنحتها لنفسها The given values of the society؛ أو إلى المقاييس المعاصرة التي اتخذتها الجماعة ضوابط لحركتها؛ أو إلى مصابغة النصوص المطعون عليها للعقل الجمعي وخرجها بالتالي عما يستبر لائقاً أو إلى قيم الحق والعدل التي لا يجوز تحريفها؛ أو إلى القيم الغائرة في وجدان المواطنين إلى حد اعتبارها من التقاليد التي يصرون عليها لضمان أنماط أفضل من حياتهم؛ أو إلى الحقائق التاريخية التي أتركوها؛ وكان دورها مؤثراً في بنية الدستور؛ أو إلى دلالة السوابق القضائية فيما بين دول تتقارب ثقافتها وتشترك في اللغة التي يتحدثون بها؛ أو إلى ما يعتبر حقاً وإصفاً لتحديد مفهوم الوسائل القانونية التي ينبغي اتباعها.

٦٢- على أن تلك المفاهيم جميعها، تظل اجتهاداً قضائياً يتردد بين الإطلاق والتراجع، بين نقطة الضمير ونهاويه، بين قوة الجهة القضائية التي تبشر الرقابة القضائية على الدستورية أو تفككها وتضالول دورها، بين إرادة تطوير الدستور ومحاذير الخروج عليه، ولو بطريق غير مباشر.

ولم يكن لهذا الاجتهاد -على ضوء طلائع الأشياء- أن يقيم دعائم ثابتة تشق منها، أو تُرد إليها، معايير الرقابة على الدستورية، وتتحدد على ضوء مرجعيتها.

وزاد من دقة الأمر، أن كثيراً من المسائل الدستورية تتكون من عناصر مركبة، وأن نصوص الدستور الموجزة في جملها، الغامضة في بعض معانيها، القاصرة في تفصيلاتها، لا تصلح لمواجهتها.

ولم يكن هذا القصور بالتالي، مبلوراً مجرد أوضاع نظرية، بل حقائق عملية يتعين مقابلتها بالطول التي تلتزمها.

وكان قصور المعايير التي تعتمد عليها جهة الرقابة على الدستورية في مباشرتها لولايتها، حافظا لجهات الرقابة -أو على الأقل لبعضها- إلى ابتداع معايير مختلفة تنسم بتتوعها وبتتبعها، لتقيم من مجموعها ضوابط متكاملة للشرعية الدستورية، لا تقتصر معاييرها، على الدستور وديباجته، ولكنها تتعداها إلى وثائق تقوم إلى جانبها وتتكامل معها، مكونة من مجموعها كلا غير منقسم.

ولم يكن إسباغ الصفة الدستورية على هذه الوثائق اجتهدا فقها أو قضائيا، بل ترديدا لحكم الدستور ذاته بعد أن أضافها في ديباجته، إلى النصوص التي تضمنها.

ومن ثم تكون مرجعيتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية، عائدة إلى الدستور، إذ هو الذي أضفى عليها قيمتها الدستورية؛ وجعلها موازية في قوتها للقواعد الواردة فيه؛ وعصمها عن كل جدل يثير شكوكا حولها، بأن جعلها جزءاً لا يتجزأ من أحكامه.

والرجوع إلى الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، خير دليل على ما تقدم، ذلك أن ديباجته زُخرت بنصوص قانونية أدمجتها في الدستور بوصفها من مكوناته؛ ومن بينها إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦.

فقد عُرِضَ هذا الإعلان وتلك الديباجة، مع دستور عام ١٩٥٨ وديباجته، فقبلتها الجماهير جميعها، بمبادئها وقيمها ونصوصها، بلورة من خلال إدماجها في الدستور، تساويها مع نصوصه. ولم يعد طريق الاعتماد على الوثائق المنمجة في الدستور منغلقا، بل مفتوحا أمام المجلس الدستوري لفرنسي، ومتجددا، يحيل إليها كلما حازه أمر.

وكان منطقيا بالتالي أن يؤكد هذا المجلس لقيمة الدستورية لكل من إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، وديباجة ١٩٤٦، وكذلك لكافة النصوص التي تحيل إليها ديباجة دستور ١٩٥٨.

وعلى هذا النحو، تكون للدستورية رزمة تشكل الوثائق السابقة على دستور ١٩٥٨ -والتي تحيل إليها ديباجته- جانبا من مفرداتها.

بل إنه فضلا عن هذه الوثائق، فإن لرزمة الدستورية أو كتلتها، عناصر أخرى يندرج تحتها:

* المبادئ الرئيسية التي أقرتها القوانين المعمول بها في الجمهورية
 Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
 دون تدخل سابق من أية سلطة^(١)؛ وحرية التعليم^(٢)؛ والحرية الفردية^(٣)؛ وصون حقوق
 الدفاع^(٤)؛ واستقلال أعضاء هيئة التدريس الجامعي^(٥)؛ واختصاص جهة القضاء الإداري بالفصل في
 سوء استعمال السلطة الإدارية^(٦)؛ فضلا عن اختصاص السلطة القضائية بالفصل في المسائل المتعلقة
 بحماية الملكية العقارية^(٧).

ولا شبهة في أن عبارة "القوانين المعمول بها في الجمهورية" تفيد بالضرورة استبعاد القوانين
 التي كانت سارية في العهود الملكية أو الإمبراطورية، ولو كان لها روح للنظم الجمهورية L'esprit
 Republicain.

ويتعين عند بعض الفقهاء، أن تكون قوانين الجمهورية التي تحول إليها ديباجة دستور ١٩٤٦
 سابقة في صدورها على نفاذ هذه الديباجة^(٨)، وهي نتيجة يُلزَع فيها فقهاء آخرون، على تقدير أن
 إسباغ القيمة الدستورية على مبادئ تضمنها قانون ما، منقطع الصلة بما إذا كان هذا القانون قد صدر
 قبل أو بعد عام ١٩٤٦، وإيما تستخلص جهة الرقابة على الدستورية هذه القيمة من مضمون القاعدة
 التي تضمنها القانون، فلا تتمتع بالقيمة الدستورية، إلا لأنها تستحق وصفها باعتبارها كذلك^(٩).

وفي إطار ما تقدم، رفض المجلس الدستوري الفرنسي أن يعتد بواقعة ميلاد الشخص في فرنسا
 بوصفها، منشئة بذاتها -بوصفة آلية- للحق في الجنسية الفرنسية، ولم يعبرها بالتالي مبدأ جوهريا
 أقرته القوانين المعمول بها في الجمهورية. ذلك أن هذه الجنسية لا يجوز منحها إلا لشخص ولد في
 فرنسا من أجنبي، وكان أبوه كذلك قد ولد فيها.

(١) C.C. 71-44 D.C., 16 Juil. 1971, R.p. 29.

(٢) C.C. 77-87 D.C., 23 Nov. 1977, R.p. 42.

(٣) C.C. 76-75 D.C., 12 Janv. 1977, R.p. 33.

(٤) C.C. 76-70 D.C., Dec. 1976, R.p. 39.

(٥) C.C. 83-168 D.C., 20 Janv. 1984, R.p. 30.

(٦) C.C. 86-224 D.C., 23 Janv. 1987, R.p. 8.

(٧) C.C. 89-256 D.C., 25 Juil. 1989, R.p. 53.

(٨) Francois Luchaire, le conseil constitutionnel, Economica, 1980, p. 182.

(٩) Dominique Rousseau, chronique de jurisprudence constitutionnelle 1991-1992
 R.D.P. 1993, p. 12.

• وتكفل كذلك في رزمة الدستورية، المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية الضرورية بوجه خاص لمواجهة حقائق العصر. وقد عدلتها ديباجة دستور ١٩٤٦ التي يحيل دستور ١٩٥٨ إليها، ويندرج تحتها مبدأ المساواة بين الجنسين^(١)، والحق في الملأ أو حق اللجوء السياسي Le droit d'asile^(٢)، والحق في الحصول على عمل^(٣)، والحرية النقابية^(٤)؛ وحق الإضراب^(٥)؛ والحق الجماعي للعمل في تقرير شروط العمل وإدارة مشروعاتهم^(٦)، والملكية الجماعية للمرافق العامة الوطنية وللاحتكارات الفعلية أو الواقعية^(٧)؛ ومبدأ تنظيم التعليم العام المجاني والعلمي^(٨)؛ ومبدأ احترام قواعد القانون العام وقواعد القانون الدولي؛ وعدم جواز استعمال القوة ضد حرية أهم أخرى^(٩)؛ ومبدأ جواز تعييد المباداة بشرط التبادل- في مجال تنظيم الدفاع عن الممل^(١٠).

وحاصل ما تقدم أن كل المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تؤكد حقائق العصر ضرورتها، لها قيمة دستورية تفرض نفسها على المشرع، وإلا، كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تصوبه إذا تجاهلها.

٦٣- والمبادئ المتقدمة جميعها ترد في أصولها إلى النصوص التي تضمنها دستور ١٩٥٨، وإلى إعلان الحقوق لعام ١٧٨٩، وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦.

وفيما وراء هذه النصوص، واستقلالاً عنها، يقرر المجلس الدستوري الفرنسي، أن من بين معايير وأدواته في مجال الرقابة على الدستورية، مبادئ ذات قيمة دستورية بالنظر إلى غايتها Objectives de valeurs constitutionnelle كاحترام حقوق الآخرين وكصون النظام العام أو على ضوء مقتضياتها Exigence constitutionnelle، كالحد من تركيز الصحافة في يد واحدة بقصد ضمان التعددية، وكحق المتضررين من ظروفهم الخاصة، في الحصول على مكان يأويهم.

(1) C.C. 30 decembre 1981, R.p.41.

(2) C.C. 9 Janvier 1980, R.p.29.

(3) C.C. 28 mai 1983, R.p.41.

(4) C.C. 15 Janvier 1975, R.p.19.

(5) C.C. 23 novembre 1977, R.p.42.

(6) C.C. 30 decembre 1975, R.p.26.

(7) C.C. 30 decembre 1976, R.p. 15.

(8) C.C. 25 Juilliet 1989, R.p. 59.

(9) C.C. 27 Juilliet 1982, R.p. 48.

(10) C.C. 90-274 D.C., 22 Mai 1990, R.p. 61.

٦٤- تلك هي رزمة الدستورية التي يحتكم إليها المجلس الدستوري للفرنسي في مجال تقييم دستورية القوانين، وهي بتوقعها تطرق أيولبا عريضة في اتصاعها، تنفذ من خلالها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لتقييم النصوص المطعون عليها من جهة صحتها أو بطلانها.

فلا تكون أبعاد هذه الرقابة منحصرة في حدود ضيقة، ولا قاصرة عن مواجهة مسائل دستورية معقدة عناصرها، أو مختلفة مضامينها؛ ولا عاجزة عن الفصل في دستورية نصوص قانونية تتعدد صور العوار التي خلقتها.

وإنما تحيط هذه الرقابة بالمسائل الدستورية في أعرق مشكلاتها، فلا تنحصر آفاقها، وإن تحين ملاحظة ما يأتي:

أولاً: أنه فيما وراء نصوص الدستور، والنصوص التي يحيل إليها، فإن أدوات الرقابة القضائية التي يباشرها المجلس الدستوري للفرنسي، تنظّل بيده، بشكلها وفق اجتهاده، فلا تكون أسسها ثابتة مفاهيمها، ولا طرائقها محددة ملامحها سلفاً.

ثانياً: أن القوانين العضوية Les lois Organiques لا تدخل في نطاق رزمة الدستورية بالرغم من أهمية موضوعاتها، وخضوعها في مجال إعدادها وإقرارها لتنظيم إجرائي خاص بها، واستقرار قواعدها وثباتها في علاقتها بالقوانين العادية.

ثالثاً: ولا تدخل في رزمة الدستورية كذلك أية معاهدة أو اتفاقية دولية تكون الدولة طرفاً فيها، ولو كان لها طبيعة إنسانية، بالرغم من علو المعاهدة أو الاتفاقية الدولية على القوانين العادية، فلا يجوز لهذه القوانين أن تعارضها.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على الدستورية وتطوير الدستور

٦٥- للرقابة القضائية على دستورية القوانين جزؤها ممثلاً في إبطال الجهة التي تبشئها، مظاهر خروج السلطة على الدستور أو إخلالها بالقيم التي يحتضنها.

وتوفق هذه الرقابة بين القيم المتنازعة، والمصالح المتضاربة من خلال أحكام قضائية لا تتناول الدستور باعتباره مجرد وثيقة قانونية، ولكنها تتعامل مع نصوصه بوصفها خليطاً من السياسية والقانون، وتنقلها من مفاهيمها النظرية، إلى حقائق واقعية تنتسبها الجماعة وتعايشها، وتوفق أوضاعها معها، خاصة وأن نصوص الدستور لا يجوز النظر إليها دون فهم للحياة السياسية التي توجهها، وتشكل ملامحها مركز القوة المحيطة بها.

وإذا جاز القول بأن للقضاء الذين يباشرون رقابتهم على النصوص القانونية، يختلفون فيما بينهم في المثل التي يؤمنون بها، والأيدولوجية التي يناهزون إليها، وكذلك في أوساطهم الاجتماعية، وتنوع ثقافتهم؛ إلا أن أحكامهم هي نتاج قراراتهم التي يتخذونها بصورة جماعية قدر الإمكان، أو يوافقون فيها قدر استطاعتهم، بين آراء بصيرة بواقعها الاجتماعي.

وهم كذلك ينظرون إلى نصوص الدستور بفتراس تماسكها وتلاحمها في إطار وحدة عضوية لا انفصام لها، يرتبط فيها كل نص بملاكمة ما، مع غيره من النصوص التي لا يجوز تفسيرها بعيداً عن سياقها ومقاصدها، أو بما يخلص الحقائق التاريخية التي أُنبتت أو عاصرتها.

أولاً: المواقف القضائية وتطوير الدستور

٦٦- ويظل تطوير القضاء للدستور ضرورة وقيمة عليا، حتى في الدول التي تأخذ بنظام المواقف القضائية.

ذلك أنه وإن صح القول بأن المواقف القضائية قد تنوق في بعض تطبيقاتها تطوير قواعد الدستور؛ وأن بقاءها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه تعميق الأضرار التي قارنتها؛ وكان ذلك يعتبر مدافعاً رجعياً للمواقف القضائية التي تفرض نفسها على حقائق الحياة بما يحول دون تفسير مضمونها؛ وإن غلبت بتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صاغوا لهذه المواقف قواها؛ واستصحاباً لآراء سابقة

أصر على تطبيقها قضاءً في أجيال لاحقة؛ ونكولا عن إعمال حكم العقل في مسائل دستورية بطبيعتها لا يجوز أن تحول الموابق القضائية بصفوطها دون إعادة النظر فيها ومراجعتها؛ وقبولا من القضاة الذين يبنوها لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد مطلقاً، وإلى الحق موصداً، مع تراضيه على الإذعان لأصداء من الماضى البعيد لا يتحولون عنها، ولو كان يوسعهم أن يصحوا عن أنفسهم؛ وإنكاراً لأصل لا نزاع فيه، هو أن ما كان صائفاً في زمن معين، قد يكون ثراءً شائفاً في فترة تالية؛ وكان ثابتاً كذلك أن المسائل الدستورية ترتبط بوقائعها وبزمنها، وبما هو قائم من ظروفها عند الفصل فيها؛ وأنه حتى في مجال عمل السلطة التشريعية، فإن البدائل التي تختارها اليوم، قد تحول عنها في الغد إذا كان الدول عنها، أكثر منطقية، وأدعى لضمان الحقوق التي تنظمها؛ إلا أن كل اعتراض على نظام الموابق القضائية، يتعين أن ينحصر في التطبيق الآلى للمابقة القضائية.

وفيما وراء هذا للتطبيق، يظل تعديل الموابق القضائية وتطورها عملاً قضائياً تبذل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية كل جهد، وعلى الأخص كلما استطال الزمن بين صدور المابقة القضائية من جهة، وتصحيحها من جهة ثانية سبب انهيار دعائها- سواء في الأصول التي تقوم عليها، أو في مناسبتها لأوضاع جديدة لا يجوز إغفالها، كيلا تظل الموابق القديمة على حالها، ولو كان خطأ فادحاً، أو تزميتها محيراً عن نظرة ضيقة لا نقيمتها، أو تعضتها قيم جديدة تحتل الدول عنها.

ويتعين دوماً تأكيد أن القضاء في كل بلد، يخطئون ويصيبون من خلال أحكامهم التي لا تلبس في واقع الأمر غير خبراتهم الاجتماعية التي لا تصدق نتائجها دوماً، وإن ظل تصحيحها وتقويم اعوجاجها، واجباً لا يجوز التكريط فيه^(١).

(١) في عام ١٨٩٦ أيدت المحكمة العليا الأمريكية للولايات المتحدة فصل السود عن البيض في المدارس العامة وذلك في قضية Plessy V. Ferguson 16 U.S. 537 (1896)، مقرر أن هذا الفصل لا يتضمن تمييزاً يخل بتساويهم مع أبناء وطنهم في الحقوق. بيد أن هذا المفهوم انقلب من التفويض إلى التقيض وذلك في قضية Brown V. Board of Education, 349 U.S.294 (1955)، حيث قررت هذه المحكمة أن هذا الفصل في ذاته -حتى مع توافر الوسائل لتطبيقية عنها- يعد منافية لأمية السود، منهيأ أمالهم في حياة يكونون فيها أكثر ثقة بأنفسهم ولثقتهم إلى وطنهم، لأنه يشرهم بلهم لا يتساوون مع أبناء وطنهم الذين لا يختلفون عنهم إلا في لونهم، وأنهم بالتالي أقل منهم شأناً، وأدنى كرامة.

فضلا عن أنهم في الأعم، يطورون نصوص الدستور بما يجعلها أكثر تناغما مع روح العصر. ولولا تدخلهم لظل الدستور وثيقة عاجزة عن مواجهة آمال مواطنيها، قاصرة عن أن تحقق طموحاتهم، ضامرة شرايينها، فلا تنفق إليها دماء جديدة *Lui donner vie, la faire évoluer*، تفرضها نفضها رياح التغيير بما يحيط دورها الفاعل في تشكيل مجتمعها، بل تبقى قابعة في مكائنها الأولى، عسية عن أن تتحول إلى حقيقة حية *A living reality*، تؤسسها وتوحدتها القيم المتواصلة في عطلاتها، والتي لا يجوز أن تتحلل المبادئ للقضائية عنها، وإلا باعدت بينها وبين مواطنيها، بما يجعل التفافهم حولها مظهريا أو عقيما.

ثانيا: تطوير نصوص الدستور فيما وراء المبادئ للقضائية

٦٧- على أن بعض الفقهاء يرون أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، هي في مضمونها وأبعادها من عمل قضاء لا يلتزمون في شأنها بخياراتهم الشخصية التي تتحكم فيها أولوياتهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وكذلك توجهاتهم الأيديولوجية. فلا يكون موقفهم من نصوص الدستور، إلا تعبيراً عن آراء أمنوا بها، جامدين من خلالها أن يحدثوا شكلا جديداً لأحكامه. يعيدون به بناءها من خلال أفاق طرحونها، مع ادعائهم بأن إدراكها عند إقرار الدستور، كان خافيا على آباءه.

وهم بذلك يهيئون على نصوص الدستور بما يفرجها عن مقاصدها، وكلن كلا منهم صانعها، ولو أقام هيكلها من جديد على أنقاض ثوابتها.

ولا يعدو تطوير الدستور على هذا النحو، إلا أن يكون دعوة مفتوحة لهم قاعدة للقانون ذاتها من خلال تحريفها، بما ينال التزامهم الأصل بتطبيقها، وعلى الأخص لأن القسم التي يحتضنها الدستور، ليس لها من ثباتها وموضوعيتها، ما يقيمها وعاء للشرعية الدستورية. بل إن غموضها واتساعها يجعلها أحيانا عبئا عليها.

كذلك، فإن ما يقول به المؤيدون لضرورة الفصل في دستورية النصوص القانونية، على ضوء معايير تطورها من بينها <<ما يكون لاقتفا ومنصفا في مفاهيم الأمم المتحدة>> أو <<متمسكا برؤية وثق بالقيم العليا للدول في مجموعها>> أو <<مبصرا حقائق تاريخية أو ضوابط خلقية لا يجوز تجاهلها في مجال تقييم النصوص القانونية المطعون عليها>> أو <<موافقا حقائق يملؤها الضمير

الجمعي، أو معان غائرة في أعماق تقاليد مجتمعها، فلا تصالهما>> مؤداه أن هذه المعايير هي من خلقهم، وأنها تتلون بميولهم في منطقة الرقابة على الشرعية الدستورية، وهي منطقة التصادم المجتمعي بين جهة الرقابة على دستورية القوانين من جهة، والسلطتين التشريعية والتنفيذية من جهة أخرى.

ثالثاً: ضرورة تطوير الدستور حقيقة قائمة

٦٨- بيد أن الذين يعارضون تطوير الدستور، فلتهم أن أحكامه مهيأة بالضرورة لأن يمتد تطبيقها إلى أجيال متتابعة، وعبر أزمان مختلفة، تتغير خلالها الأحداث والأوضاع التي تعاصرها.

فإذا لم نعرها التفتات جهة الرقابة القضائية على الدستورية، كان قضائها خطوة متعثرة في طرق وعرة، لا يصل منتهاها إلى الأفاق الجديدة التي تعاشها الجماعة، والتي يتعين توفير نصوص الدستور معها، وعلى الأخص لأن تفسير هذه النصوص لا يجوز أن يفرق إلى أغوار سياسية لها نقائصها وأوزارها التي ينبغي تجنبها.

يؤيد ذلك أن الأصل في قضاء جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، هو ميلهم إلى الحق وإيمانهم بأن تطبيق حكم القانون، على ضوء نظرة متطورة، ليس تشبهاً من جانبهم، وأن تقييم النصوص القانونية المطعون عليها، لا يجوز أن يقتصر على رصد مثالبها، بل عليهم أن يواجهوا السلطة التشريعية إلى أخطائها، وإلى ما ينبغي عليها أن تتخذه من التدابير لتوفيق تشريعاتها مع الأوضاع التي تعاصرها، ووفق القيم المتطورة للدستور^(١)، وبمراعاة أن مفاهيم الحق والعدل مع ترمجها، لا يزال تطبيقها لازماً وفق معايير بيئتها تصحيحاً لأوضاع خاطئة لا يجوز تجاهلها^(٢).

هذا فضلاً عن أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، وإن تقيدت بعناصر النزاع التي تنظرها، إلا أن عليها أن تحيط بالنصوص المطعون عليها من منظور يسعها في كثير من تطبيقاتها Une large perspective.

وما نظر الذين صاغوا الدستور، إلى النصوص التي تضمنها، باعتبارها جامدة في معانيها وتوجهاتها، وأنها في كل تطبيقاتها صورة واحدة لا تتغير؛ وأن مفاهيمها إن تبدلتها حقائق علمية لا

(١) Henry Brun Guy Tremplayn , <<Droit constitutionnel>>. 2e edition, 1990 p.206.

(٢) Willson <<Decision -making in the Supreme Court >>, 1986.36.U.T.L.J.227.

يجوز إغفالها، وعلى الأخص في مجال حرمة الحياة الخاصة التي صار انتهاكها بالوسائل الطبية خطيراً وخفياً.

وإنما كان إقرارهم للدستور تعبيراً من جانبهم عن خطوة محدودة الأثر، تتمثل في منحهم لتحقيق آمال ارتبطوا بها، وتوكيدهم لقيم يرون صوابها، ويتخوفون من إجهادها، وعلى الأخص ما تعلق منها بضرورة تقييد السلطة وتداولها.

بيد أن نظرتهم هذه للدستور، ما كان لها أن تصوغ للحياة بكل أبعادها، ومع تطور صورها، وتعدد خبراتها، وتتوسع قيمها، شكلاً ثابتاً يصعب في هياكل لا تتبدل تكون معها مقامع من حديد.

وما كان لنصوص الدستور من جهة ثانية، أن تفصل أحكامها تفصيلاً دقيقاً يحيط بكل أجزائها، وإلا كان رصد تفصيلاتها هذه في نصوص الدستور، مقتضياً توقعها ابتداءً، ومؤدياً لنهاية إلى انزلاق هذه النصوص إلى أخطاء كان ينبغي تجنبها، وإلى تماحيها أحياناً فيما تتعارض فيه. وهو ما ينقض ما نتوخاه المتأثر في الأعم من الأحوال، من إيجاز يحيط بالعريض من المسائل التي تنظمها، وإجمال لا يفوس في تفصيلاتها، كي تظل صليمة من خلال مرونة تطبيقها - عبر أجيال عديدة - تتنوع اهتماماتها واحتياجاتها، وتتباين مقاييسها فيما تراه ملائماً لبناء مجتمعها.

كذلك فإن غموض نصوص الدستور في بعض جوانبها، لا يحول دون تطويرها، ذلك أن إنبهاسها يجعلها أدنى إلى التفسير المرن، من نصوصه القاطعة في ألفاظها ومقاصدها.

ولا جرم في أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، لا تنتزع القيم التي ترجحها عند الفصل في المسائل الدستورية. ولكنها تبصرها وترجحها لأن مجتمعها يقتضيها، ولو استبطنتها أحياناً من التنظيم المقارن، إذا كان شيوعتها بين الأمم المتحضرة دالا على حيويتها وإيمانياتها، ودورها المتعاطف في بناء الشخصية المتكاملة، وصون الحرية المنظمة.

هذا فضلاً عن أن معايير هذه القيم، تؤكد مرونتها وإمكان تطبيقها على نحو يوازن بين ما تراه الجماعة ضرورياً لضمان استقرار نظمها من جهة، وما يرتبط بتحقيق توقعاتها وإثرائها من ناحية ثانية.

ولا يدل من مشروعية الرقابة القضائية على الدستورية، وضرورة تطوير ملامحها، أن تركن الجهة التي تبشر هذه الرقابة، إلى مقاييس العقل الجمعي التي تحدد للجماعة من جهة ضوابط سلوكها، ولا تعارض طبيعتها - مفاهيم الحرية المنظمة التي تمثل من النظم السياسية قاعدتها من جهة ثانية.

كذلك فإن اعتماد الرقابة القضائية على الدستورية على بعض أحكامها - على الحقائق التاريخية، لا يعيبها. ذلك أن هذه الحقائق إما أن تكون جذورا لنصوص في الدستور؛ وإما أن تكون من إرهاباتها. وهي في الحالتين متصلة بهذه النصوص، سواء عند صياغتها، أو الإحياء بها.^{٢٠}

والقول بأن لكل جماعة احتياجاتها المتنامية، وتطلعاتها المتجددة التي لا يتصور أن تبلغها إلا من خلال تعديل الدستور وفق القواعد الإجرائية التي ينص عليها، مردود؛ بأن تعديل الدستور عملية معقدة بطبيعتها تقوم على نوع من التوازن بين مركز القوة السياسية والاقتصادية في بلد ما، وضرورة اللجوء إلى الحقائق الاجتماعية التي تلابس التحدي المقترح.

ولئن صح القول بأن الجماعة قد تطور بنفسها أوضاعها، سواء من خلال تعديل الدستور، أو عن طريق دمج أعرافها الجديدة في نظمها القائمة؛ إلا أن عملية التطوير هذه، تكون دائما وثيدة في خطاها، وقاصرة كذلك عن مواجهة احتياجاتها بصورة منتظمة، لتظل الجهة الأفضل في تطوير الدستور، هي جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تقدم من خلال الخصومة القضائية، حولا آتية لأوضاع معيبة طال زمنها، فلا تكون هذه الحلول إلا تصحيحا لها، وإنهاء للأثار القانونية المترتبة عليها.

ثانيهما: أن القضاء الذين يباشرون هذه الرقابة، يلزمون أنفسهم بالحدود المنطقية التي تدل على تحوطهم، فلا يندفعون في مباشرة ولايتهم بما يجاوز حدود الاعتدال. وإنما يقيدونها بأنفسهم تقييدا ذاتيا Judicial Self- Restraint. وكثيرا ما ينبئون في أحكامهم ما يعبر ثراثا حضاريا لأمتهم، مرتقلا بمكانتها.

كذلك فإن تفسير جهة الرقابة على الدستورية، لنصوص الدستور تفسيراً ديناميكياً، يمنحها معان جديدة غير التي كانت عليها صورتها ابتداء، بما يطوعها لحقائق متغيرة، ويكفل توفيقها مع الأوضاع

الاجتماعية والاقتصادية والعلمية القائمة في الدول المحيطة بها، فلا يكون تقريبها لنصوص الدستور من هذه الأوضاع، إلا تعبيراً عن وجهها الصحيح Son vrai visage.

وكثيراً ما تكون قوة الدول الفيدرالية، عائدة إلى قضاة عظام أدرِكوا بفطنتهم وعمق ثقافتهم؛ أن تلمسكها، وتحقيق التوازن بين وحدتها الإقليمية بما يكفل ترابطها؛ والصحار مواطنيها في إطار كيان بجمعهم ولا يفرقهم، مشروط بأن يظل دستور الاتحاد صامداً وحياً لأزمان مترامية. فلا يكون تطبيقه عبئاً على وحدتها الإقليمية؛ ولا مقلصاً من اختصاصاتها بصورة تدريجية ومطرده، ولا عائباً بذاتية كيانها؛ ولا مضيقاً عليها فيما يدخل في ولايتها، ولا محبطاً باستقلالها بما يضعفها، وإلا صار خروجها من الاتحاد حلاً وحيداً لمشكلاتها.

وقد تكون جهة الرقابة على الدستورية مواجهة بأوضاع قومية طارئة لا نزاع فسي حنقها. وعليها عندئذ أن تقرر الحلول الملائمة لها آخذة في اعتبارها ملامحها السياسية الضاغطة، وبمراعاة أن سلطتها في مجال تطبيقها لنصوص الدستور، أعمق في محتواها، وأبعد في اتساعها، من سلطتها في مجال تطبيق غير الدستور من فروع للقانون، وعلى الأخص إذا كان أمر الرقابة على التشريعية الدستورية مركزاً فيها، تقبض دون غيرها، ويدها، على ضوابطها، وتقرر بنفسها مظاهرها وأدواتها، فلا تظهر جهة الرقابة على الشرعية الدستورية إلا بوصفها سلطة تأسيسية دائمة Une constituante permanente^(١) تعطى الدستور باطراد، معاني جديدة يتغير بها عن الصورة الأصلية التي أفرغ فيها^(٢). وبما يجعلها حكماً أعلى Arbitre Supreme في مجال تفسير نصوصه^(٣).

Une signification nouvelle que peut changer la portée originaire du texte constitutionnel.

(١) E.S. Corwin, The constitution, and what it means today, Princeton University Press, 1978, p.5.

(٢) P.Gerin-Lajoie "Du pouvoir d'amendement constitutionnel du Canada", 29 R. du B.can.p.1136.

(٣) حلت المحكمة العليا الكندية -وفي إطار ولايتها الاستثنائية- محل اللجنة القضائية للمجلس الخاص، وصارت حكماً نهائياً في مجال تفسير الدستور.

ولئن كان الدستور يتطور من خلال تعديل أحكامه، وكذلك عن طريق العمل، وبوثائق إعلان الحقوق؛ وبما يقرره المواطنون في مؤتمراتهم الدستورية؛ إلا أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، هي التي تغير بصورة رئيسية -عن طريق أحكامها- ملامح الدستور، فلا تحتفظ في مجال تفسيرها لقواعده، بل تعيد بناءها بقدر الضرورة التي توجبها، وبما يصون الدولة وحداثتها وتكامل إقليمها.

وقد لاحظ القاضي ولرن Warren رئيس المحكمة العليا الأمريكية، أن تاريخ بلده لم تخطه فقط ميدان القتال، ولا القوانين الفيدرالية التي أقرها الكونجرس، ولا الجهود التي بذلها رؤساء الجمهورية المتعاقبين، وإنما دونه كذلك -إلى حد كبير- قضاء المحكمة العليا الذين صاغوا بأحكامهم منهجاً فريداً لتقدمها^(١).

وما يصدق على المحكمة العليا، يصدق كذلك -وبالقوة ذاتها- على المحكمة الدستورية العليا في مصر، التي تقرر في أحكامها أن نصوص الدستور لا يجوز أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ؛ ولا التعامل مع القيم التي تحتضنها باعتبارها غير مرتبطة بواقعها الاجتماعي.

وإنما يتعين دوماً أن تُحمل مقاصدها على ضوء أغراضها النهائية؛ وبمراعاة أن الدستور وثيقة لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية؛ وأنها في حقيقتها لا تصد عن مجتمعها الأفاق للرجة التي يقتضيهما تطويرة.

ولا يجوز بالتالي أن تفسر نصوص الدستور باعتبارها حلاً نهائياً لأوضاع اقتصادية عفا الزمن عليها.

فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بألية سكوت أبعارها، إلا حرثاً في البحر، وإغفالاً لحقيقة أن نصوص الدستور لا يجوز عزلها عما يفترض فيها من انساق مع الأوضاع المعاصرة لتطبيقها، وبما يوفق بين مضمونها، والأفلاق الجديدة التي ينبغي أن تبذلها^(٢).

(١) A.Tunc et S. Tunc, le système constitutionnel des Etats - Unies d'Amerique, Tome 2, Paris 1954, p.483.

(٢) راجع في ذلك "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٢/١/٤ -لأعادة رقم ١٤ -س ٨٩ المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -لأعادة رقم ٦/٢٣ -س ٣٤٩ من الجزء الثامن.

الفصل الثالث

بين تطوير نصوص الدستور، وملء الفراغ فيها

٦٩- على أن تطوير نصوص الدستور من خلال مواءمة النظر فسي معانيها على ضوء الأوضاع المتغيرة التي تقارن تطبيقاتها، لا يجوز أن يختلط بالأحوال التي تتخلل فيها هذه النصوص -والنظر إلى لكتافها بأصول موضوعاتها أو كليتها دون الإغراق في تفصيلاتها- عن تنظيم بعض المسائل الدستورية بطبيعتها. فلا يكون إغفالها لهذا التنظيم، غير فراغ يحيطها، مقتضيا بيان حكمها باعتبارها مسائل مسكونة عنها.

ومواجهة هذا الفراغ، هي الصورة الثانية التي يتخذ فيها تطوير الدستور شكلا مغايرا. ذلك أن هذا التطوير؛ إما أن يتعلق بنصوص دستورية قائمة، مستهدفا تقريبها إلى حقائق العصر التي تعاشها (وقد سبق بيان هذه الصورة وإيضاح حكمها)؛ وإما أن يتعلق بتطوير الدستور بمنطقة خيلا من تنظيمها. وهذه هي الصورة الثانية التي نعرض لها الآن، وهي بعد صورة عريضة في اتساعها، بالنظر إلى الفروض التي تشملها، وأهمها:

أ- أن أصول المسائل التي ينظمها الدستور، تمتد لفروعها وتسعها كذلك. فلا يجوز فصل الأصول عما يتصل بها من الفروع. فإذا أغفل الدستور بيان حكم هذه الفروع، تعين الرجوع إلى الأصل الذي يحكمها ليفي عليها ليس فقط بالضمانة الدستورية المقررة للأصل، وإنما كذلك ليسبح على فروعها جميعها، معانيها على تقدير أن هذه الفروع اشتقاق من أصلها، وأن الأصل هو الذي أنتجها.

ب- أن فروع بعض المسائل التي يتضمنها الدستور، لا يجوز فهمها بعيداً عن أصلها. ويتعين بالتالي ربط الفروع بأصولها حتى نستقيم معانيها وتتحدد الفكرة الكلية التي تجمعها.

ج- أن بعض قواعد الدستور، قد تكون واثية بحقوق غير التي كلفتها، فلا تكون هذه الحقوق الجديدة (إلا من فرضها. وفي ذلك تطوير للدستور من خلال اتساع الدائرة التي ينسب عليها.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم:

المبحث الأول

أصل ترتب إله الفروع التي بجمعها

٧٠- قد لا ينظم الدستور فروع بعض المسائل الدستورية، مكتفياً ببيان أصل القاعدة التي تجمعها.

ولأن ما يعتبر أصلاً، يمثل من الفروع التي ينتجها، القاعدة الكلية التي تحيط بها فإن تخريج الفروع على هذا الأصل، يردّها إلى إطاره. فلا تحظى هذه الفروع بكل من الحماية ذاتها التي يقرها الدستور لأصلها، ولا تنزل معانيها عن الأصل الجامع لها.

أ. فالحرية الشخصية التي كفلها الدستور ليس لها من نفسها، ما يعصمها من تنظيمها، تقدّراً بأنها تتعرّض من خلال اتساعها دون عائق، وأن القول باستتاع تنفيذها، مؤداه تمرداً على الحدود المنطقية لممارستها، وهو ما ترفضه المحكمة الدستورية العليا فيما قرّره من أن ضمان الحرية، لا يعني إل بدّ المشرع عن التدخل لتنظيمها. ذلك إن الحرية تعيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائرة Arbitrary Restraints، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها^(١).

بيد أن هذه الحرية المعبرة بنص الدستور من الحقوق الطبيعية، هي التي تنفّرع عنها حرية التعاقد وتدخل ضمن مشمولاتها، وإليها تمتد ضماناتها. ذلك أن نطاق الحرية الشخصية لا يقتصر على ضرورة تأمينها ضد صور العدوان على البدن التي تتعدّد أشكالها، وإنما تدرج تحتها إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل فرد على صعيد العقود التي يدخل فيها، أيّا كان موضوعها^(٢).

ب. ولأن الحرية الشخصية هي التي تحرك الحياة بكل ملاحها وطرائقها، فقد غداً ملطوقاً أن ترتد إليها كل الحقوق التي لا تكتمل هذه الحرية في غيبتها، ومن بينها حق الشخص في أن يتخذ

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٧٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ولذا، إذ هو فرع من الحق في تكوين أسرة يظلها الدين والأخلاق، بما يدعى لهذه الأسرة طبيعتها الأصلية.

كذلك فإن الدخول في أسرة ماء يفترض اختيار من ينضمون إليها وينصهرون فيها، متخذين منها محورا لحياتهم، وإطاراً لأعمق خواصها، وما ينبغي أن يسودها من مظاهر المودة والرحمة^(١).

ومن ثم كان منخلها، الحق في اختيار الزوج بإرادة حرة واعية، باعتباره الطريق إلى تكوينها. ولا يجوز بالتالي التدخل تشريعياً في إطار العلاقات الزوجية للحد من فرص الاختيار التي تنشأها، ما لم يكن ذلك لمصلحة جوهرية لها ما يظاهرها^(٢).

جـ. كذلك فإن الحق في تكوين أسرة ترعى قيمها وطبيعتها الأصلية، لا ينفصل عن ضرورة صونها >>على امتداد مراحل بقائها، بما لا يخل بوحدةها، أو يؤثر في ترابطها أو يؤدي إلى تفتتها، وتمزيق أوصالها<<.

وعن هذا الأصل، يتفرع حق كل من الزوجين في الحصول على إجازة من عمله، كي يرافق الزوج الآخر الذي لنن له بالسفر إلى الخارج، وطوال المدة التي يقضيها بعيداً عن بلده^(٣).

د. وامتناع مجلوزة العقوبة لموظفين اعتدالها، سواء من خلال قسوتها أو امتناعها فيما اجتماعية ثابتة، أو عن طريق توقيعها أكثر من مرة في شأن الأعمال عينها، وكذلك حظر إيذاء الشخص منديبا أو معنويا، أو تعذيبه بأية صورة، أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه الحر، جميعها

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا أن إرادة الاختيار ينبغي قصر مجال عملها على ما يكون مرتبطاً بذاتية الإنسان في دائرة تبرز معها ملامح حياته وقراراته الشخصية في أدق توجهاتها - القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) ومن بين هذه المصالح الجوهرية، مراعاة التكافؤ الاجتماعي بين الزوجين، وضرورة توثيق عقد الزواج لسترتيب آثاره. أنظر في العلاقة بين الحرية الشخصية وحق اختيار الزوج، قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٨ ص ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ و ٢٩٧ وما بعدها من الجزء السابع. ولا يجوز بالتالي فرض قيود زمنية على المدة التي يرافق خلالها أحد الزوجين للأخر طول مدة وجود الزوج الآخر في الخارج. أنظر في ذلك القضية رقم ٧٧ لسنة ٢٣ قضائية "مستورية" المحكوم فيها بجلسته ٢٠٠٣/٥/١١، وهو حكم لم ينشر بعد.

فروع الحرية للشخصية التي لا يجوز أن تتل منها صور من العدوان على البدن لا مبرر لها؛ ولا تقيدها بنير الوسائل القانونية التي يقتضيها الدستور أو المشرع^(١).

هـ. والنص في الدستور على أن الجريمة وعقوبتها لا يجوز إحداثها إلا بناء على قانون، إنما يتوخى ضمان مشروعيتها، فلا يؤخذ أحد بجريمة كان غير مندر بتجنّبها، ولا بأفعال كان إتيانها سابقاً على تأميمها.

بيد أن الحرية الشخصية، وإن أخل بها القانون الجنائي الأسوأ وقعا على المنهم، فلا يكون هذا القانون رجعيًا؛ إلا أن هذا القانون يعمل به منذ صدوره كلما كان نالًا لوقوع الجريمة، وكان أرفق بالمتهم من خلال العقوبة التي فرضها، سواء بالنظر إلى محتواها أو أوصافها أو مبلغها *de peins Le contenu, les modalités et le quantum* بما يحميها أقل بأساً في مجال مقارنتها بقانون قائم سابق عليها، وعلى تقدير أن وزن العقوبة إنما يتحدد على ضوء أثرها على مركز المتهم عند تطبيقها عليه.

وتلك هي قاعدة القانون الأصلح للمتهم التي لا تعتبر استثناء من قاعدة حظر رجعية للقوانين الجنائية، ولكنها تحازيها وتوازنها. وكلتاها فرع من الحرية الشخصية.

ذلك أن المفاضلة بين القوانين الجنائية الموضوعية *De fond* التي نعالها ببعضها لتحديد أصلها للمتهم -وبافتراض انشائها جميعاً مع الدستور، وتزاحمها على محل واحد، وتفاوتها فيما بينها في عقوبتها- لا تتم إلا على ضوء ما يكون منها أصون للحرية الشخصية وأحفظ لجوهرها، فلا نعتد إلا بما يكون من بينها كافلاً لإنهاء القيود عليها أو تخفيفها.

بما مؤده ضرورة تطبيق قاعدة القانون الأصلح -ولو خلا قانون العقوبات منها- بوصفها ضماناً دستوريًا لا يجوز التفريط بها، وهي بعد من نوع الضمانة التي كلها الدستور للحبيرية الشخصية^(٢).

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/١/١٤ المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٧- من ٤١١ وما بعدها من الجزء الثامن.

و- كذلك فإن حق الأشخاص جميعهم -سواء بأنفسهم أو عن طريق أوليائهم أو أوصيائهم- فى اختيار نوع و قدر التعليم، الأكثر اتفاقاً مع ميولهم، ولتقرباً من مداركهم وملكتهم، فرع من الحق فى التعليم، وهو حق كفله الدستور أصله، باعتباره نبض الحياة وقولها على ما قرره المحكمة الدستورية العليا فى عديد من أحكامها (١).

ز- والحق فى النفاذ إلى المعاهد التعليمية، بمراعاة الشروط الموضوعية للقبول بها، يعتبر مشتملاً بالضرورة على حق الانتفاع بمرافقها وتسهيلات وخدماتها بقدر اتصالها بالعملية التعليمية فى ذاتها، وضمانها تكامل عناصرها.

ذلك أن الاعتبار الأظهر فى المعاهد التعليمية، وإن كان عائداً أصلاً إلى خصائص مناهجها أو مستوياتها، وكفاءة الهيئة التى تقوم بتدريسها، وفدريتها على التثقيف فى طلبتها وجذبهم إليها؛ إلا أن الانتفاع بمرافق هذه المعاهد وخدماتها وتسهيلات، لا يقل شأنًا عن دور مناهجها وطرق تدريسها فى النهوض برسالتها، واستثارة اهتمام طلبتها ووعيمهم.

ولا يدعو هذا الانتفاع بالتالى، أن يكون ضرورة يقتضيها الحق فى التعليم، وتتطلبها الشروط التى يكون التعليم فى كنفها أكثر ثراءً وحيوية (٢).

ح- وحق العامل فى الانضمام إلى المنظمة النقابية التى يطمئن إليها؛ واختيار واحدة أو أكثر من بينها حال تعددها ليكون عضواً فيها؛ وإعراضه عنها جميعها، فلا يلجأ من أوليائها فضلاً عن الحق فى إنهاء عضويته فى نقابة مقيد بها؛ جميعها فرع من الحرية النقابية التى أرسنها النظم الديموقراطية فى اتجاهها إلى تعميق قاعدتها.

ذلك إن الديموقراطية النقابية التى كفله، وأقام صرحها نص المادة ٥٦ من الدستور، هى التى تطرح بمقاييسها ووسائلها وتوجهاتها، نطاقاً للحماية يكفل للقوة العاملة مصالحها الرئيسية، ويبلور إرادتها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود؛ ولأنها تعتبر مفترضا أوليا لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومناحى نشاطها؛ وبها يكون العمل النقابى إسهاماً جماعياً لا يتمحض عن انتقاء حلول بذاتها

(١) الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - ص ١٩٤ وما بعدها من

الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق.

تستقل بتقديرها، وتعمل من أجل فرضها أقلية أيا كان صخبها أو عدوليتها، فلا تكون وصايتها على خصومها أمراً مقبولاً^(١).

ط. وضمان الدستور بنص المادة ٤٧، لحرية التعبير عن الآراء، والتمكين من تلقيها وعرضها ونشرها، سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها وتكوينها وغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم الحوار المفتوح إلا في نطاقها.

وبدونها تفقد حرية الاجتماع مغزاها وصور وجودها؛ وبها يكون الأفراد أحرارا لا يتسهيون موقفًا، ولا يترددون وجلا، ولا يتصمون بنير الحق طريقًا.

وعنها يتفرع الحق في افتتاح قناتها عبر الحدود الإقليمية للدول على اختلافها؛ وكذلك الحق في ألا يكون الحوار إصماتاً مفروضاً بقوة القانون؛ وألا يكون التزاحم على مقاعد المجلس النيابية واقعاً في دائرة محدودة آفاقها، تتصامل معها فرص الاختيار بين المرشحين؛ وألا يكون الحق في انتقاد القائمين بالعمل العام محاطاً بأغلال غاياتها إخفاء أخطائهم أو طمسها وسد الطريق إلى ترميمها.

بل إن حرية التعبير يقوضها أن ينطلق الطريق إلى الإبداع في العلوم والفنون، فلا تفتح أبوابها على مصارعها^(٢).

ي- كذلك فإن حق المواطنين في الحصول من الدولة، على الوسائل الملائمة التي تعينهم على معاشهم *Droit à des moyens convenables d'existence*؛ فرع من الحق في الحياة.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" جلسة ١٥/٤/١٩٩٥ -قاعدة رقم ٤١ - ص ١٣٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية عليا" القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ قضائية "مستورية" جلسة ١٤ يناير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٣٢- ص ٤٤٠ وما بعدها من الجزء السادس. ويلاحظ أن الدستور كل بنص المادة ٤٨ منه حرية الإبداع وإجراء البحوث العلمية. ولو لم يكن الدستور قد نص عليها، لكان ضمناها مندرجا في إطار الحماية التي يكفلها الدستور لحرية التعبير.

المبحث الثاني

فروع يجمعها أصل واحد

٧١- من النصوص التي يتضمنها الدستور، ما يعتبر من قبيل الفروع لأصل أغفل بيانه.

ولأن الأصول تنتج فروعها ولا تغوص فيها وتكتمر بها، فقد نعين القول بأن كل أصل هو القاعدة الكلية لكافة فروعه، ليمتدح الأصل فروعه هذه، معانيها وليحدد كذلك الإطار العام لتلك الفروع، فلا تعمل بعيدا عن أصلها لأنها من فيضه. ولا يتصور بالتالي أن تتناقض الفروع أصلها، ولا أن تتجافيه. ومن ثم كان إلحاقها بأصلها مؤد إلى فهمها بطريقة أفضل.

أ- فحق الفرد في أن يؤمن ضد صور الاعتقال والتقبض غير المشروع، فرع من تكامل شخصيته وضمان آدميته وكرامته.

ب- وشخصية المسؤولية الجنائية التي أغفل الدستور النص عليها، أصل لنص المادة ٦٦ منه التي تقرر شخصية العقوبة. ذلك أن وطأة الجريمة لا يجوز أن يتحملها غير من ارتكبها. فلا يؤاخذ بالجريمة غير جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها وألثم عليها واعيا بنتائجها. فلا ترتبط شخصية العقوبة بخير من يكون قانونا مسؤولا عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلا لها، أو شريكا فيها^(١).

جـ. والحق في التنقل من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز التفريط فيها. وقد كفله الله تعالى في قرآنه بقوله: "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها". ويقول "هو الذي جعل لكم الأرض يساطا لتسلكوا منها سبلا فجاجا"

وهو أصل للفروع المنصوص عليها في المادتين ٥١ و ٥٠ من الدستور، اللتان تحظران حرمان المواطن من الإقامة في جهة بذاتها، أو حمله على التوطن فيها إلا في الأحوال التي يبينها القانون؛ ولا تجيز إبعاده عن بلده أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تكبيرا احترازيا لمواجهة خطورة

(١) القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٥ - ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

إجرامية^(١). كذلك تحيل المادة ٥٢ من الدستور إلى القانون لتنظيم حق الهجرة إلى الخارج، سواء في ذلك ما كان من صورها دائما، أو مؤقتا.

فهذه الحقوق جميعها المنصوص عليها في المواد المشار إليها، فرع من الحق في التنقل الذي يراه كثيرون ولقما في نطاق القيم العليا للجماعة؛ متصلا بمفهوم الحرية التي لا يجوز تقييدها بغير الوسائل القانونية التي يقتضيها الدستور أو المشرع؛ وكذلك بالحق في الاجتماع لتبادل الآراء وتلقيها وبشأء وبحرية الصحافة التي يتنصر عليها أن توفر لقرائها مواد محايدة حقها محرروها بغير ضمان حقهم في التنقل. وغدا هذا الحق بالتالي امتيازاً لكل مواطن في إطار النظم الديمقراطية، كإفلا تردده على كل جهة يريد التعامل معها، أو عرض بعض شلونه عليها^(٢).

د. كذلك فإن حق المعاهد العلمية في ضمان استقلالها ماليا وإداريا، فرع من حريتها في إجراء البحوث العلمية التي يقتضيها نشاطها، فلا تتفلق أو تنقلص دائرة الإبداع في دائرتها.

(١) أنظر في ذلك القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٢/٣/١٤ - قاعدة رقم ٢٨ - ص ٢٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) Antieau, Modern Constitutional law, volume I, 1969, pp.256,258.

المبحث الثالث

نصوص في الدستور ترشح الحقوق لا نص عليها فيه

٧٢- كثيراً ما يدل إمعان النظر في بعض الحقوق التي نص عليها الدستور، على أن عليها، أو ما وراءها من القيم، وتتوخاه من الأغراض، متوافرة في غيرها من الحقوق التي لا نص عليها. فلا تكون الحقوق المنصوص عليها، إلا مفضية إلى حقوق جديدة لم يقرها الدستور.

وبها تمتد الدائرة التي تسعها أحكامه، فلا تنحصر في تلك التي نص صراحة عليها. وإنما تندمج فيها كذلك الحقوق التي كفلها ضمناً -تتلو جميعها على ما سواها- بما يحول دون تكفل المشرع لتحريفها.

وأية ما تقدم، أن الدستور قد يورد نصاً صريحاً في شأن حرمة الحياة الخاصة، وقد يحتاجها مكتفياً بنصوص أخرى تدل عليها، من بينها حق الأفراد في الاجتماع بصورة سلمية وبغير تدخل من السلطة؛ وفي تأمين أشخاصهم ودورهم وأوراقهم ومتعلقاتهم في مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر؛ وكذلك حق المتهمين في ألا يكونوا شهداء على أنفسهم، توفيقاً لإدلائهم -جبراً عنهم- بأقوال قد تكذبهم.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها. غايتها ضمان اطمئنان أصحابها لأن تكون خواص حياتهم بعيدة عن اقتحامها بما يخل بحرمتها. شأنها في ذلك شأن اتصالهم البريدية والبرقية والهاتفية التي ينبغي ضمان سريتها والامتناع عن اختراقها، وعلى الأخص من خلال الوسائل العلمية الحديثة التي تبلغ تطورها حداً مذهلاً وكان لتناميها بإمكاناتها المتطورة، أثر بعيد على الناس جميعهم حتى فسى ألق شؤونهم، بما جعل اختلاس بعض جوابها وصولاً لأغوارها، نهياً لأعينها وآذانها^(١).

وما تنص عليه بعض الدساتير أو الوثائق من تخويل المضطهدين من أجل دفاعهم عن قضايا الحرية في بلد، حق اللجوء إلى دول أخرى للحصول على ملجأ فيها، يعتبر وثيقاً بالحق في الحرية الشخصية وبالحق في الحياة.

(١) "تصورية عليا" القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية" جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ -تجريدة رقم ١٧٠٦/٣٨- ص

كذلك فإن حظر الدستور لكل صور الاستغلال، يرشح لحق الفرد في ألا يكون رقيقاً، وألا يساق إلى أشكال الدعارة على اختلافها، وألا يحمل على عمل لا يرضاه ما لم يكن أدلوه وفقاً للقانون، ومطلوباً لمواجهة حالة طارئة، وتكلفاً لتحقيق نفع عام، وبمقابل عادل^(١).

وحق الفرد في الوجود متناعاً مع الجماعة التي يملؤها، وبما يشد وثاقه بها، مقضى للحق في تقرير المصير. وحق المواطن في السيطرة على مصادر الثروة في بلدهم واستقلالها وفق نظم تكفل معادنتهم، يفصح عن الحق في تنمية هذه الموارد دون تدخل من أحد.

وضمنان نصيبهم العادل في الناتج القومي، ليس إلا إيماء وتوكيداً لحقهم في العمل، وبضرورة صون حقهم في الملكية بمراعاة وظائفها الاجتماعية.

وحقهم في الإسهام الحر في الحياة الثقافية لبلدهم، مؤشر لحقهم في فرص التعليم وفق مبادئهم. وعلى ضوء ميولهم.

وحقهم في صون كرامتهم، يناقيه امتثالها، وعلى الأخص من خلال إخضاعهم لعقوبة تتسم بقسوتها، أو بحطها من آدميتهم، فلا يكون فرضها عليهم حقاً، بل محظوراً.

ومساواتهم في الضريبة، إرهاباً بتكلفتهم في الحماية القانونية فيما سواها من الأعباء المالية. وبناء الأسرة المصرية بمراعاة طابعها الأصيل، وعلى ضوء قيمها وتقاليدها في مجتمعها، مؤد للحق في تأسيسها على الخلق والدين.

والنص في الدستور على أن تقدم الدولة خدماتها الثقافية والاجتماعية والصحية للقرية بما يكتل يسرها وانتظامها، كإثبات ثبوتها كذلك لأهل كل مدينة بما لا يقل عن مستوياتها في القرية.

والحق في تلقي العلوم من أربابها، وإن الحق في تلقيها الآخرين وتسميتها وتقييمها.

(١) أنظر الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من دستور جمهورية مصر العربية.

الفصل الرابع

الرقابة القضائية على الدستورية: ضرورتها

٧٣- تنقسم الدساتير المعاصرة ببنيتها في مجمل أحكامها، قواعد تقوم على تفويل كل مسألة حقوقاً صريحة أو ضمنية من جهة، وعلى تقييدها من خلال بيان تخومها من جهة ثانية.

بل إن موقفها من تقييد السلطة، يعتبر من أهدافها الأولية أو المبدئية التي لا تحيد عنها.

ولقد كان احتكام المواطنين إلى هذه القيود، وطلبهم فرضها على المخاطبين بها، لبناء كيان أفضل لمجتمعهم، قاطعاً بعزمهم إيجاد شكل من أشكال الرقابة القضائية على التشريعية الدستورية، غايتها ضمان سيادة الدستور، على تقدير أن أحكامه مجرد هياكل لنظام الحكم فيها ولحقوق الأفراد وحررياتهم، تقتصر على بيان خطوطها الرئيسية بغير خوض في تفصيلاتها Skeleton Clauses.

مما دعا جهة الرقابة على الدستورية لأن تكسى هذه النصوص لحمها، وتلقى عليها لباسها. خاصة وأن نصوص الدستور لا تعتبر نافذة بذاتها في الأعم من فضلاً عن أن غموض معانيها في كثير من مواضعها، يقتضى تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لإيضاحها ومواجهة قصورها، مما أشاع للقول بأن الدستور وإن كان نقطة البداية التي تركز عليها هذه الجهة في عملها، إلا أن اجتهاداتها هي الدستور ذاته، فلا تكون شروحها للدستور إلا محيطة بكل جوانبه، وكأنها وثيقة جديدة مضافة إليه.

وصار صحيحاً ما نراه اليوم من أن جهة الرقابة القضائية على التشريعية الدستورية، تمثل من النظم الدستورية -مع تعددها وتباين أشكالها- جوهر ملامحها.

وحتى الدساتير التي كان موقفها من هذه الرقابة متردداً، أدرجت في صلبها بعد إيمانها بحيويتها، واقتناعها بضرورتها، وتعاملت دورها في مجال ضمان تقييد السلطة بالضوابط المفروضة على نشاطها.

ولم يكن إرساء جهة الرقابة القضائية لقواعد التشريعية الدستورية، انتزاعاً لاختصاص غير ثابت لها، بل جزءاً من عملية تفسير الدستور وتطبيقه في نزاع مطروح عليها، ابتغاء فرض قواعده على المخاطبين بها.

ولم يعد مقبولا القول بأن الدول التي تأخذ بالرقابة القضائية على الدستورية، هي صانعها. وإنما الصحيح هو أن احتضانها لها قد تحقق بوصفها حجر الزاوية في بنيان النظم الدستورية جميعها
The Cornerstone of the constitutional edifice.

هذا فضلا عن أن نصوص الدستور التي لا يُخل المخطبون بها على تنفيذها، لن تزيد عن مجرد طبول جوفاء يقرعها أصحابها في بيءاء مقفرة، فلا يسمعون أحد.

أولاً: قانون الخصومة الدستورية

٧٤- وإذا كان قانون الخصومة الدستورية، هو للدستور؛ وكان تطبيق هذا القانون يقتضي إطراح ما سواه من القواعد القانونية التي يتصل تطبيقها بالنزاع المعروض على الجهة القضائية، عملاً لمبدأ تدرج النظم للقانونية في البلد الواحد؛ فقد تعين أن يكون الدستور هو القانون الأعلى، خاصة وأن أحكامه لا تحدثها إرادة تفوقية أو انتهائية تعلو فوق المواطنين وتقتصرهم، ولكنهم يصوغونها بأنفسهم قاصدين بها أن تكون إطاراً لحياة أفضل في قيمها ووسائلها.

ولم يكن ما قرره جون مارشال رئيس المحكمة العليا الأمريكية في قضية Marbury V. Madison، من أن الدستور كقانون أساسي، لا يجوز أن تحيه قاعدة تتلخص أحد أحكامه؛ وأن من اختصاص المحاكم جميعها؛ بل ومن واجبها كذلك، أن تقرر بنفسها ما هو القانون في نزاع معين^(١)؛ لم يكن ما قرره من ذلك صرخة في الفضاء العريض، ولا هو ابتداء غير مسبوق، بل تؤكد حقيقة قانونية لا نزاع فيها تقتصر دور المحكمة العليا الأمريكية على مجرد إعلانها.

وتبدو أهمية الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بصورة أكثر وضوحاً في الدول الفيدرالية التي ينظم دستوراً حقوق مواطنيها وحرياتهم على امتداد ولاياتها أو مقاطعاتها أو كتلتها من جهة؛ ويركز كذلك على تقوم العلاقة بين الحكومة المركزية ووحداتها الإقليمية هذه.

ذلك إن نصير جهة الرقابة القضائية للدستور الاتحاد بصورة متعقبة ومتوازنة، هو الذي يحفظ للعلاقة بين الحكومة المركزية ووحداتها الإقليمية تماسكها، ويكفل ازدهارها، ويقيم تعاوناً وثيقاً بينها، لا يخل بالتقود الحاجة لسلطة كل منها.

(١) Marbury v. Madison, SU.S. [1 cranch] 137 (1802).

فلا تبسط إحداهما يدها لانتزاع اختصاص ليس لها، بل تعمل جميعها في إطار منظومة متكاملة، لكل منها -في نطاقها- حقوقها التي تصونها جهة الرقابة القضائية، وولجبتها التي تلزمها بها، كى يظل الاتحاد صامدا عبر أعاصير التنازع والتناحر وتناقض المصالح، فلا يتداعى متهاويا متصدعا.

ومن المحقق كذلك، فإن الرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تجعل الدستور أكثر من مجرد وثيقة تبلور قيما خلقية سياسية *Maximes of political morality*.

ذلك إن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تفصل في كل خصومة قضائية يثار فيها مخالفة قاعدة قانونية للدستور.

وغدا صحيحا القول بأنه لا دستور بغير رقابة قضائية، ولا رقابة قضائية مجردة من سلطة إلزام المشرع بالقيود التي تضمنها للدستور.

بل إن هذه الرقابة هي الضمان الوحيد لإنفاذ هذه القيود بما يجعلها جزءا من بنية الدستور
The Sine qua non of the constitutional structure.

ثانيا: الرقابة على الدستورية في الدول الفيدرالية

٧٥- وفي الدول الفيدرالية، تمتد الرقابة القضائية إلى القوانين الصادرة عن ولاياتها للفصل في تطابقها أو تعارضها مع دستور الاتحاد، على تقدير أن هذا الدستور هو القانون الأعلى في كل أجزائها^(١)؛ ولأنه لا يجوز أن تنظر كل ولاية إلى نفسها بوصفها كيانا سياديا لا يتقيد بغير دستورها المحلي. بل إن هذه الرقابة هي التي تكفل سمو القوانين الاتحادية على قوانين الولاية، وعلو دستور الاتحاد على الدساتير المحلية، بما يصون وحدة الدولة ويعزز مكانتها.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، لم تقبل بعض ولاياتها تدخل المحكمة العليا الفيدرالية في قراراتها من خلال مباشرتها لولاياتها الاستئنافية؛ وكان موقفها ضربة قاصمة لبنين الدستور، إلا أن المحكمة العليا الفيدرالية لزمته بتنفيذ أحكامها مقرر أن رقابتها على الشرعية الدستورية، تقتضيها إخضاع كل ولاية لقواعد هذه الرقابة بوصفها متفرعة بالضرورة عن واجبها في ضمان فعالية دستور الاتحاد كوثيقة مدونة توزع السلطة فيما بين الحكومة المركزية وولاياتها؛ ولأن السيادة الوطنية لا تصونها إلا المحكمة الأعلى في بلدها من خلال تغليبها لنصوص القوانين الفيدرالية على أعمال

(١) Fletcher v. Peck, Lo U.S (6 cranch) 87 (1810).

الولاية، وإلزامها الحدود التي رسمها لها دستور الاتحاد، فلا تكون تشريعاتها أو قراراتها أو أحكامها مناقضة لقوانين الولايات المتحدة ومعاهداتها ودستورها.

وفي ذلك يقول جون مارشال: "لو نظرنا إلى طبيعة الاتحاد وأغراضه، ومحصنات المبادئ العظيمة التي قام عليها بنیان الدستور، فإن النتيجة التي نستخلصها والتي لا مفر من التسليم بها، هي أن المحكمة الأعلى لهذه الأمة، هي التي ينبغي أن تتخذ لها ناصية الأمر في مجال مراجعتها لقضاء المحاكم المحلية فيما يمس الأمة في مجموعها" (١).

Let the nature and objects of the Union be considered, let the great principles on which the constitutional framework rests be examined, and the result must be that the Court of the nation must be given the power of revising the decisions of local tribunals on questions which affect the nation.

والقول بأن السلطة التي تمتلكها جهة الرقابة على الدستورية في الدول الفيدرالية، والتي تُفُضِع بموجبها قوانين كل ولاية أو مقاطعة لرقابتها، تناهض الروح الحقيقية للاتحاد، فلا يظهر مترابطاً في أجزائه، ولا متوافقاً في اتجاهاته، مردود أي بأن الوظيفة الأساسية لجهة الرقابة، لازمها أن ترد للنصوص القانونية جميعها إلى الدستور، وأن تبطل كل قانون أو قرار يخل بالحدود التي رسمها لكل ولاية أو مقاطعة.

ومردود ثانياً بأن السيادة الوطنية يستحيل ضمانها بصورة هادئة داخل الدولة الفيدرالية، إلا عن طريق تحقيق توازن في بنیان الدستور بين سلطاتها المركزية والإقليمية؛ ومن خلال جهة للرقابة القضائية على الدستورية تكون حكماً بينها، ولا يكون قرارها في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، إلا قولاً فصلاً، بما يحفظها السلطة النهائية في تفسير الدستور.

٧٦- وحتى في غير الدول الفيدرالية، فإن قضاء المحاكم في الخصومة الدستورية، يحوز أصلاً قيمة أدبية كبيرة. والقيمة القانونية التي تكتسبها أحكامها، قد تسقطها السلطة التنفيذية العاتية التي أغرنتها قوتها المتزايدة بأن تحدد تارة بنفسها نطاق المعونة المالية التي تمنحها السلطة القضائية كي تعينها على إدارة عدالة مقكرة، وأن تتدخل طورياً آخر في عملها إلى حد تجاهلها لقراراتها بالرغم من قيمتها المعنوية للناجمة عن دعم المواطنين لها.

(١) Cohens. v. Virginia, 19 U.S. (6 wheat) 264 (1821).

ولم تسلم جهة الرقابة على الدستورية في هذه الدول من تدخل السلطة التشريعية في شؤونها، سواء من خلال تحديد طرائق هذه الرقابة وإجراءاتها؛ أو عن طريق القواعد التي حددت بها لجهة الرقابة كيفية تشكيلها وقواعد تنظيمها لداخلي؛ وإن ظل مطلوبا ولازما، ألا يصل هذا التدخل في منتهاه، إلى حد إقتلاع جهة الرقابة، أو إرهابها، أو الإخلال باستقلالها وذاتية كيانها؛ أو إلى حرمان الأفراد من فرص الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم التي كفلها الدستور، وعلى الأخص في مجال اعتراضهم على الاحتجاز غير المشروع لأبدانهم.

ثالثا: أهمية الرقابة على الدستورية بشكل عام

٧٧- وزاد من أهمية الرقابة على الدستورية، تحول في مفهوم الديمقراطية، لم تعد به ديموقراطية بالقانون La démocratie par la loi بل ديموقراطية بالدستور La démocratie par la constitution.

كذلك كان التركيز في بنية الدستور -حتى فترة قريبة- دأراً حول مبدأ فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها البعض، ودون إخلال بحقوق الأفراد وحرياتهم التي كان ينظر إلى ضمانها باعتباره نتيجة مترتبة بالضرورة على تقييد السلطة من خلال تقاسم مظاهرها بين الأفرع التي تمارسها.

وحتى الفقهاء وإن اختلفوا حول أفضلية للنظام البرلماني على الرئاسي، وما إذا كان فصل أفرع السلطة عن بعضها، ينبغي أن يتم بالمرونة أو بالجمود، إلا أن اتفاقهم كان عريضا على مبدأ معين، هو أن الحرية تعتمد في ضمانها على الكيفية التي ينظم بها الدستور حدود مباشرة السلطة، وضوابط فصلها، في نطاق العلاقة بين الأفرع التي تباشرها.

وكان منطقيا بعد أن صار للسلطة التنفيذية بحكم أغليبتها البرلمانية، اليد الطولى التي تسيطر بها على زمام الأمور في بلدها، أن تقوم الدساتير في العصر الحاضر على مفاهيم مغايرة قوامها أن الدستور، هو الحقوق التي يضمنها؛ وأن الوثيقة الدستورية تعنيها حقوق الأفراد أكثر من إسرافها في التركيز على ضوابط فصل السلطة والنظم التي تحكمها.

٧٨- وبدا الدستور على ضوء هذا التغيير في المفاهيم التي يقوم عليها، ميثاقا يكفل الانتقال من مبدأ فصل السلطة إلى مبدأ ضمان الحقوق.

Passage de la constitution -séparation des pouvoirs, à la Constitution -garantie des droits.

وقد تحقق هذا الانتقال -الأكثر دعما للديموقراطية- من خلال جهة الرقابة على الشرعية الدستورية على الأخص، التي تكفل لحقوق الأفراد وحرياتهم تناميا متصاعدا يرتقى بنوعيتها، ويوفو لحمايتها وسائل الجزاء التي تفلن أحكامها.

ولم تعد قيمة حقوق الأفراد وحرياتهم، عائدة إلى إحصائها في الدستور وعدها واحدا بعد الآخر، بل تعلق الأمر بنوعية الضمانة التي تكفلها لها جهة الرقابة على الدستورية من خلال أحكامها ومناهجها في هذه الرقابة؛ وعن طريق تعدد المصادر التي تحتكم إليها في مجال تقرير دستورية القوانين المطعون عليها؛ وبمراعاة أن فصلها في هذه القوانين يتأثر دائما بالسياسة القضائية لهذه الجهة.

ولا شبهة في أن الفكرة التقليدية للدستور، تشمل على حقوق الفرد وحرياته. بيد أن ما يعطى الدستور معناه ومغزاه، لا يتمثل في مجرد رصد هذه الحقوق والحريات سواء في صلبه أو في إعلان الحقوق قائم بذاته- وإنما تنفتح للدستور آفاق بعيدة في مداها، حين تصوغ جهة الرقابة على الدستورية معاني جديدة للحقوق والحريات التي كفلها الدستور، وتبلور مبادئ أكثر رحابة وأفعلى ضمانها.

ومن ثم تمتد حقوق الفرد وحرياته عرضا وعمقا، فلا تنحصر في القائمة المغلفة التي بينها الدستور من خلال إحصائها وعدها^(١)، وهي قائمة كان احترامها في الماضي مطلقا على نقطة المواطنين بكل طولتهم، ولربط تنفيذها كذلك بالأدوار السياسية التي تلعبها مراكز القوة في بلد ما.

ولم يعد صحيحا القول بأن السلطة التشريعية إقرار القوانين وإلغائها وفق إرادتها وبالكيفية التي تراها. بل صار من المحقق تطيق سلطتها في إقرار قانون ما، على شرط عدم إخلال هذا القانون بأية ضمانات من طبيعة دستورية^(٢).

(١) فحق الفرد في اختيار زوجته غير مصوص عليه في الدستور، ومع ذلك كفلته المحكمة الدستورية العليا لأعضائه مجلس الدولة الذين يريدون الزواج بأجنبية لإستورية عليا -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٨/٣/١٩٩٥- القاعدة رقم ٣٨-ص ٥٦٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٢) C.C. 84-185 D.C., 18 janvier 1985, R.p.36; C.C. 89-259 D.C., 26 juillet 1989, R.p., 66; C.C.91-296 D.C., 29 juillet 1991, R.p.102; C.C. 90-281 D.C.,december 1990, R.p.91

٧٩- ولأنهم آمنوا بالرقابة القضائية على الدستورية، أدركوا بأن الجهة التي نبأشرها تمثل نمطا جديدا للعلاقة بين المواطنين وحكامهم؛ وأن فعالية دورها، ضمان لتقدم الديمقراطية التي كان شكلها السابق يقوم على الخط بين الجماهير وممثليها؛ بين إرادة الجماهير في صورتها الحقيقية؛ وإرادة أعضاء السلطة التشريعية الذين أثبتهم الجماهير عنها في تمثيلها، فلا تعلق إرادتهم عليها، بزعم أنهم يحلون محلها في التعبير عنها^(١).

وهذه النظرة للديموقراطية، هي التي تبنيتها جهة الرقابة على الدستورية التي تمايز بين حقوق مواطنيها من جهة؛ وبين السلطة التي تحكمهم من جهة أخرى، فلا تندمج حقوقهم فيها، ولا تقوم هي بدلاً عنهم في تقرير نطاقها أو اقتضاها، ولا تستعوض عن إرادتهم بإرادتها، ولا تقدم إرادتها عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، هي وسيلتهم في التعبير عن إرادتهم في مواجهة ادعاء ممثليهم البرلمانيين بأنهم أصحابها.

رابعاً: حلول الديمقراطية القضائية محل الديمقراطية التمثيلية

٨٠- ومن ثم تحل الديمقراطية التي تكون ملامحها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، محل الديمقراطية التمثيلية.

ولأن السيادة الشعبية لا تجوز مباشرتها بصورة مباشرة، فإن جهة الرقابة على الدستورية تأخذ في اعتبارها أن الذين يدعون تمثيل الجماهير، قد يخونوها أو يسيئون التعبير عن إرادتها في أحسن الفروض؛ وأن محاسبتهم عن أفعالهم، وعلى الأخص في شأن القوانين التي أقرها، مناطها إخضاع السلطتين التشريعية والتنفيذية لحكم الدستور، وإلزامهما باحترامه بوصفه تعبيراً عن السيادة الشعبية. فلا يكون النزول على الإرادة التمثيلية إلا بقدر توافقها مع السيادة الشعبية، تقديرًا بأن ثانيتهما -دون لولاهما- هي التي ينبغي الخضوع لها.

(١) Carré De Malberg, la loi, expression de la volonté generale. Economica 1984.

وقريب من ذلك ما قرره لويس الخامس عشر في خطبه أمام البرلمان في ٣ مارس ١٧٦٦ من أن حقوق الأفراد وحرياتهم تتحد بالضرورة مع ممثليهم، وتقع في أيديهم.

les droits et libertés sont nécessairement réunis à ceux des représentants et reposent entre leurs mains.. cité par Jean - Yves Guémar, l'ideologie nationale. champ libre 1974, p.39.

هذا فضلا عن أن التمييز بين المواطنين ومن يحكمونهم، يقتضى الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من ناحية، وبينهما وبين جهة الرقابة على الدستورية من ناحية ثانية، فلا تكون هذه الجهة قريبة في وظائفها من هاتين السلطتين، ولا موقعها موازيا لهما، بل يكون لهاتين السلطتين مجتمعها ذو الطبيعة السياسية.

ولا كذلك جهة الرقابة على الدستورية التي لا يكون مجتمعها إلا مدنيا، ونشاطها إحدئا لعلائق جديدة بين هذه المجتمعين، من خلال إلزامها السلطة بكل أشكالها ورموزها بصون حقوق المواطنين وحرياتهم، وعلى الأخص كلما أعلن المواطنون عزمهم عن الدفاع عنها وكان توكيدهم لها، قد تم من خلال استفتاء عام.

وإذا قيل بأن السلطة التشريعية أن تعبر بطريقتها عن مفهومها للسيدة الشعبية، إلا أن ادعاء احتكارها تمثيل شعبها، موداه إفلاتها من كل رقابة قضائية على نشاطها، وللقضاة على ولاية جهة الرقابة على الدستورية ذاتها، وتقويضها لسلطانها التي تحد بها - من منظورها - ما تراه الجماهير حقا لها. وهو ما لا يجوز، وذلك لأمرين:

أولهما: أن هذه الجهة تستمد اختصاصاتها مباشرة من الدستور، فلا يجوز هدم ولائتها أو تحريفها.

ثانيهما: أن الأصل هو أن يكون لكل مواطن حق اللجوء إليها بطريق مباشر أو غير مباشر - لتفصل فيما يطرحه عليها من الطعون في شأن مخالفة قانون للدستور^(١).

٨١- ولا جرم في أن الديمقراطية في صورتها الحديثة، قولها إفضاح أعمال السلطة التشريعية - بإطراد - للقيم التي تتميز بها الجماعة في لحظة زمنية معينة.

وصار منطقيا بالتالي تقييم هذه الأعمال على ضوء قيم الجماعة ومبادئها التي اختطتها طريقا لحياتها، للتحقق من توافقها أو تعارضها معها. وهو ما تعهد به الدساتير المعاصرة إلى جهة اختصاصها بالرقابة القضائية على الدستورية كي تتولى بنفسها عملية انتقادية عقلية في شأن قوانين السلطة التشريعية وقراراتها.

(١) Domonique Rousseau, Droit de Contentieux constitutionnel, 4e édition, pp.397-403

وقد أثار ذلك تساؤلا حول ما إذا كان لجهة الرقابة على الدستورية -وهي بطبيعة تكوينها غير منتخبة- أن تقيد بأحكامها، السلطة التشريعية التي تبأثر ولايتها بعد اختيار أعضائها الذين يُخصّصون -من خلال الاقتراع العلم- إرادة الأمة ويعبرون عنها، خاصة وأن المهمة التي تتولاها جهة الرقابة على الدستورية، تنحصر في تقييم القوانين الصادرة عنها، سواء تعلق الأمر بالشكل الخارجى لهذه القوانين -متمثلا فى القواعد الإجرائية التي تتبعها السلطة التشريعية فى مجال اقتراحها أو إقرارها- أو إصدارها- أم بصورتها لداخلية التي يعكسها مضمون هذه القوانين أو محتواها.

ويقتضى الرد على هذا التساؤل التمييز فى مجال الرقابة على الدستورية بين أمرين:

أولهما: قوانين تقرأ السلطة التشريعية فى حدود سلطتها التقديرية، وهذه لا شأن لجهة الرقابة على الدستورية بها بقدر ما يقوم من تولى منطلق بين النصوص القانونية التي أقرتها والأغراض المقصودة منها.

ثانيهما: قوانين أقرتها السلطة التشريعية مجاوزة بها حدود ولايتها بالنظر إلى خروجها على الدستور فى جوانبه الشكلية أو فى مضمون أحكامه.

وهذه هى منطقة الرقابة على الدستورية التي لا نزاع فى أن الدستور لم يفوض المبطلة التشريعية فى اقتحامها.

ذلك أن كل سلطة أسسها الدستور، ينبغى أن تتقيد بأحكامه، ما كان منها شكليا أو موضوعيا، تقديرا بأن النزول عليها هو رضوخ لإرادة الجهة الأعلى التي أنشأتها، ويحتثها من عدم.

ومن ثم لا تُعارض الرقابة على الدستورية -التي لا يجوز لها بطبيعة وظائفها أن تقدر ملامحة إقرار النصوص المطعون عليها فى لحظة زمنية بذاتها، ولا أن تفصل فى حكمائها، أو بواعثها- الديمقراطية المنبثقة عن السيادة الشعبية. ولكنها توفر لنصوص الدستور -وهي التعبير الأعلى عن

الإرادة الأشمل والأوثق للجماهير العربية - الحماية اللازمة لها بفرض كلمتها على المخاطبين بها^(١).

٨٢- واتجه نفر من الفقهاء إلى القول بأن الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها دعم حقوق الإنسان الطبيعية والأسبق في وجودها من كافة الدساتير والوثائق الملحة بها. وهي حقوق لا تتقدم من جهة وتتخطى الحدود الإقليمية من جهة ثانية. ولا يجوز كذلك النزول عنها أو تجزئتها^(٢).

ومن ثم لا يزيد دور جهة الرقابة على الدستورية بشأنها على مجرد حراستها^(٣) لضمان خضوع الدولة بصفة كاملة وفعلية للقانون، بما يحول دون تحكمها، ويقيدها بالحقوق السابقة في وجودها عليها.

فلا يكون خضوعها للقانون عملاً داخلياً من خلال تقييدها لنفسها بنفسها: L'autolimitation وإنما يتحقق هذا الخضوع عن طريق ساطة غيرها، مختلفة عنها، تقيدها بمحتواه L'heterolimitation.

(١) ولا يعنى ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لها إرادة تملو بها على الإرادة الأعلى التي أسستها. ودليل ذلك أنه لو قرر المجلس الدستوري الفرنسي مخالفة قانون للدستور، ثم أقر الشعب في استفتاء، هذا القانون بعد عرضه عليه، فإن على المجلس أن يلتزم بنتيجة الاستفتاء باعتباره تعبيراً عن الإرادة المباشرة للجماهير صاحبة السيادة الوطنية، وفي ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي بأن القوانين التي يخضعها لولايتها هي تلك التي أقرها البرلمان، وأنه لا شأن لرقابته بالقوانين التي وافق عليها الشعب في استفتاء، لأنها تلعب دور التعبير المباشر عن السيادة الوطنية.

les lois soumis au contrôle du Conseil Constitutionnel sont uniquement les lois votées par le parlement et non point celles qui, adopté par le peuple à la suite d'un referendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

[C.C. 62-20 D.C., 6 November 1962, R.p.27; C.C. 92-313 D.C., 23 September 1992, R.p.94].

(٢) يزيد إعلان الحقوق الفرنسي لعام ١٧٨٩ وجهة النظر هذه، ذلك إن مادته الثانية تنص على أن غاية هذا الإعلان هي صون حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تقادم فيها.

La conservation des droit naturels et imprescriptibles de l'homme.

(٣) حرص مجلس الدولة الفرنسي على إنهاء تحكم السلطة الإدارية من خلال إلزامها باحترام القانون. كذلك يناهض المجلس الدستوري الفرنسي تحكم السلطة التشريعية من خلال إخضاع أعمالها للدستور وحقوق الإنسان.

وفى هذا الإطار، لا تكون الرقابة القضائية على الدستورية، مجرد آلية لها طبيعة فنية غايتها إخضاع الدولة لمبدأ تدرج القواعد القانونية. ولكنها وسيلة عملية تتوخى أصلاً وقيل كل شيء، ضمان احترام الدولة لحقوق الفرد وحريته^(١). فلا يكون خضوعها للقانون غير مجرد انضمام من جانبها إلى قيم الحرية واللكافز فى المعاملة القانونية، وكذلك إلى قيم التصامح التى يكون بها مجتمعها قائماً على التضامن بين أفرادها، الحائزين لحقوق يملكونها فى مواجهة الدولة لتسمو هذه الحقوق عليها، فلا تعارضها.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تلزمها بإفناذ تلك الحقوق، كى تتخذها قاعدة تنطلق منها فى تصرفاتها.

خامساً: تفسير الدستور تفسيراً نهائياً معقود لجهة الرقابة القضائية

على الشرعية الدستورية دون غيرها

٨٢- على أن القول بالحقوق الطبيعية للفرد، لا يعنى أن نصوص الدستور التى تنظمها تعتبر مهياة بخصائصها لإفناذ محتواها. ذلك أن جهة الرقابة على الدستورية هى التى تعطى هذه الحقوق معانيها وتحدد نطاق تطبيقها، ويمرعاة أن الطبيعة التمثيلية للسلطة التشريعية لا تجعلها مرجعاً نهائياً لتفسير الدستور. بل يجوز دوماً مساهمتها أمام جهة الرقابة القضائية غير المنتخبة التى لا تبأشر -من خلال وظيفتها القضائية- عملاً سياسياً.

والحق أن كل تغيير فى المفاهيم الديمقراطية، يحصل فى ثلأيا تغييراً فى أدواتها وطرائق التعبير عنها. ومن ثم كان للديموقراطية فى بعض ملامح تطورها، مفرداتها اللغوية كإيدالها الرعية

(١) يشكك بعض الفقهاء فى هذه النتيجة. وينال عليها بانحراف المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن كل دعم لازم لحقوق الإنسان فى قضايا أصدرت فيها أحكاماً لا تشرفها من بينها:

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856); United States v. Reese, 92 U.S. 214 (1876); United States v. Grunshaw, 92 U.S. 542 (1876); United States v. Harris, 106 U.S. 629 (1883); The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883); Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908); Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251 (1918); Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922); Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923); See also Edward S. Corwin, Court over Constitution (Princeton: Princeton University Press, 1938), pp. 85-128; Henry Steele Commager, "Judicial Review and Democracy," Virginia Quarterly Review 10 (1938): 417-28.

بالمواطن، وتضليلها السيادة الوطنية على نظرية الحق الإلهي، ولارتكائها إلى مفهوم العقد الاجتماعي بدلاً عن تحكم الملكية.

وفي مرحلة تالية، تغير شكل الجماعة وتركيبها من خلال حق الاقتراع العام وأحزابها السياسية، وإرساء مفهوم الديمقراطية الأسترالية.

٨٤- ويقرر الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فإن مفاهيم أخرى للديمقراطية تم تصويبها. فلم يعد البرلمان والقاتلون مهيمنا على مظاهر الحياة في بلد ما، وإنما صار لجهة الرقابة على الدستورية الحق في أن توفر لكل أقلية، ولحقوق الإنسان، الحماية اللازمة في مواجهة تسلط الأغلبية الحكومية وانحرافها، وأن تترك ولايتها هذه، إلى علو وسيادة الدستور La préeminence de la Constitution.

وصح القول، بأن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا بقر احترامه للدستور^(١) La loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution والأفكار وتعددها، هو جوهر الديمقراطية^(٢) L'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinion constitue le fondement de la démocratie وأن هذه المفاهيم الجديدة، تبلور إطاراً لديمقراطية ولتدعى جهة الرقابة على الدستورية ملاحمها^(٣).

٨٥- ويبدو غريباً في إطار هذا التطور، أن يظل خصوم الرقابة القضائية على الدستورية حتى اليوم يرددون في مواقعهم حججاً عقيمة باهتة ليس لها من سواء. من بينها أن الرقابة على الدستورية غايتها أن تعمق جهة الرقابة على الدستورية من نفوذها من خلال فرضها لإرادتها على السلطة التشريعية، وإبطالها القانون الصادر عنها إذا نقض الدستور، وأن استقرار حقائق التاريخ يدل على أن هذه الجهة لم تعمل يوماً لمصلحة مواطنيها^(٤).

(١) C.C.85-196 D.C., 23 Aout 1985, R.p.70.

(٢) C.C.89-271 D.C., 11 Janvier 1990, R.p.21.

(٣) Dominique Rousseau, Op.cit, pp. 403-417.

(٤) Leonard W. Levy <<Judicial Review, History, and Democracy>> in Judicial Review and the Supreme Court, (New York: Harper & Row, 1967).

وفاتهم أن ولاية هذه الجهة مصدرها الدستور، وأن السلطة التشريعية لا تمثل الإرادة الوطنية إلا في الحدود المنصوص عليها فيه؛ وأنها لا تحرص في كثير من الأحيان على أن تكون تشريعاتها موافقة لأحكامه. وغالبا ما يكون سعيها متوخيا لإرضاء قطاع من المواطنين دون آخر، انزلاقا منها إلى أغوار سياسية لا تؤمن عواقبها.

ولئن كان من سلطاتها أن تقسم الدستور كي تصوغ تشريعاتها بما لا يجانبه، إلا أن سلطاتها هذه، لا يجوز أن تكون قولا فصلا تفرض به فهمها للدستور على سواها، وإلا كان تفسيرها للدستور نهائيا، عاصما تشريعاتها من كل جدل يمكن أن يثور حولها، ولو كان خروجها على الدستور بادياً من وجهها.

هذا فضلا عن أن لكل جهة قضائية عثراتها، وصلاحياتها للفصل في المسائل الدستورية، لا يسقطها خطأ بعض أحكامها. ولا يجوز أن يشكك هذا الخطأ في قدرتها على مباشرة ولايتها بما يصون لمواطنيها حقوقهم وحياتهم بصورة أفضل.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تفرض إرادتها على السلطة التشريعية، ولكنها تُلحى الدستور عليها، خاصة وأن المواطنين لا يختارون أعضائها بناء على كفاءاتهم، وتميز قدراتهم فسي نطق العملية التشريعية.

ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي يكون لها من تخصصها واستقلالها ما يدعم مباشرتها لوظائفها، ويحول دون إغواء قضائتها الذين يتم اختيارهم بعناية ملحوظة، فلا يكونون إلا أوصياء مخلصين على سلامة تطبيق الدستور؛ يؤكدون لحقوق كل مواطن وحياته، ضماناتها، ويناهضون للقيود غير المبررة عليها؛ فلا يولجهم القضايا التي يفصلون فيها بصورة جامدة، بل في

إطار من المرونة الكافية^(١)، التي تجعل من دعمهم للحرية خاصية أساسية تميز نشاطهم^(٢)، خاصة حين تلقى السلطة التشريعية وراء ظهرها، ما هو خطير من المصائل التي تعتمد إلى تجنبها^(٣).

سائلاً: الديمقراطية تتلقى التسلط

٨٦- ولئن صح القول بأن الديمقراطية -على حد قول الرئيس الأمريكي لينكون- لا تعنى تحررها من كل قيد عليها، ولا تسلط الأقلية^(٤)؛ فإن من الصحيح كذلك أن إرادة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية، لا يجوز أن تكون جوهر الديمقراطية، إلا بشرط معقولة تصرفاتها.

وتصرفاتها هذه، هي التي تراقبها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان اتصالها بمصالح المواطنين.

فلا يكون للرقابة التي تباشرها هذه الجهة من أثر غير ترشيد للتقدير التشريعي وضمان استقراره. وهو ما يعنى أن أحكامها في المصائل للدستورية، تبلور فرصة ثانية second thought تتيجها هذه الجهة القضائية للسلطة التشريعية كي تصحح نفسها بما يكفل للديمقراطية اعتدالها واتساع قاعدتها وتعميق محتواها.

وغير صحيح بالتالي القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا يجوز أن تصدر أحكامها على ضوء مفاهيم مخالفة لتلك التي تبنتها الأغلبية البرلمانية. إذ لو جاز ذلك لكان وجود هذه الجهة بلا فائدة ترتجى منها.

(١) ضرب جون مارشال بعض الأمثلة في قضية، (1802) 5 U.S.137 Marbury V. Madison مبررا بها مباشرة المحكمة العليا للرقابة على دستورية القوانين، من بينها فرض الضريبة على خلاف الدستور، وسريان القوانين الجنائية بأثر رجعي. Ex post facto laws وتقليص حق المواطن في الأمن.

(٢) Eugene Rostow, The Democratic Character of Judicial Review, 66 Harvard Law Review [December 1952, p.215].

(٣) أصدرت المحكمة الدستورية العليا أحكام كثيرة أبطلت بها بعض النصوص في القوانين التي تنظم العلاقة بين الملك والمستأجر، وهو التنظيم الذي تجنبت السلطة التشريعية تحديله، بالنظر إلى حساسية هذه القوانين وتعلقها بمصالح جماهير عريضة من المستأجرين.

(٤) Abraham Lincoln "First Inaugural Address", in The collected works of Abraham Lincoln, ed. Ray. Basler, 9 vols, Rutgers University Press, 1953, 4:268.

٨٧- غير أن أبرز أوجه النقد المعاصر لوجود جهة للرقابة القضائية على الدستورية، تتمثل في أن هذه الجهة لا تنحصر مهمتها في تقويم اعوجاج اتصل بقانون، وإنما لأن هذه الجهة -ومن خلال مباشرتها لولايتها- تحل محل السلطة التشريعية في تقديراتها، وتتزايد قوتها يوماً بعد يوماً، مع تراجع قوة الرأي العام وتضائل أهميته.

بل إن هذه الجهة صار بوسعها اليوم -ومن خلال نصيرها للدستور- أن تنفذ إلى المظاهر المختلفة لحياة مواطنيها، وضد إرادتهم، أكثر من أي وقت مضى.

وهو ما دعا البعض إلى وصفها بأنها نوع من الإمبريالية القضائية^(١) تمنح القانون ولا تفسره^(٢) The law giver القوة بيدها، وسيفها مسلط على غيرها؛ فلم تعد بعيدة عن مظاهر بأسها، ولا عن قدرتها على التدخل إيجابياً في المعائل التي تتناولها، واتخاذ قراراتها فيها دون بصير بنتائجها.

وقضائيات فوق هذا غير مسؤولين أمام أحد؛ فهم غير منتخبين؛ وتمتد ولايتهم في الأعم حتى نهاية أعمارهم؛ وروقتهم للعالية تؤمن احتياجاتهم جميعها، مما خولهم السلطة الكاملة التي يوجهون بها كل نشاط عام أو خاص، وفق الآراء التي يفصحون بها عن كيفية فهمهم الدستور.

وكان منطقياً بالتالي أن يدعو بعض المعلقين الجادين، إلى ضرورة أن تتحوط جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال قيود ذاتية تفرضها بنفسها على ممارستها لولايتها^(٣) وإن قال الناقدون لهذه الرقابة بأن مثل هذه الضوابط نفل من صنعها. ولا يتصور أن تصحح بذاتها قراراتها، ولا أن تتمحض عن صورة من صور مرآيتها.

(١) ومن ذلك ما قرره المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية من قواعد قانونية في شأن الفصل العنصري، وغلبة الإعدام، والحقوق التي تشملها حرمة الحياة للخص، وحقوق المتهم، والدعوى التوكيدية Affirmative action، والمسائل السياسية.

(٢) Max Farran, The Records of the Federal Convention of 1787, New Haven: Yale University Press, 1966 ed volume 2, p.299.

(٣) Alexander Bickel, The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics (Indianapolis - Bobbs - Merrill, 1962).

٨٨- على أن أوجه النقد المتقدمة -رغم اعترافنا بصحتها في كثير من جوانبها- لا تزال بعيدة عما نراه أسلوبيا قويا في مجال تحديد الجهة التي تفصل في تطبيق النصوص المطعون عليها مع الدستور.

ذلك أن تكوين هذه الجهة واختيار قضائتها، مرتبط بنورها في مجال اتصال نصوص الدستور، بأعمال تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية مجاوزة بها حدود ولايتها.

مابعا: الرقابة على الدستورية لا تتولاها إلا جهة قضائية

وكان ضروريا بالتالي أن تكون هذه الجهة قضائية في تشكيلها، وأن تباشر وظيفتها من خلال الخصومة القضائية، فلا يكون فصلها فيها إلا منحدرًا من حيثتها واستقلالها عن السلطتين الأخريتين، بقصد تقويم ما قد يطرأ عليهما من عوج. فإذا كان موقفها من تطبيق الدستور دالا على يقظتها، فليس ذلك عيبا بشيئها.

ولا كذلك سلبيتها التي توهم علاقتها بمواطنيها، وتؤكد ضعفها أو تخالفا في مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين تميلان إلى العدوان على حقوق المواطنين وحررياتهم.

والقول بأن ضوابط الرقابة الذاتية التي تفرضها هذه الجهة على نفسها، لا تعتبر كافية للحد من إساءتها في مباشرة وظيفتها القضائية، مردود بأن الضوابط الذاتية التي تقيد جهة الرقابة القضائية نفسها بها، مرددا إلى طبيعة وظيفتها القضائية لتعلقها بالكيفية التي تفصل بها في نزاع معين.

فإذا قيل بعدم كفايتها، فلن البديل عنها أحد أمرين:

أولهما: أن تتخلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، عن ولايتها بتمامها بما يعنيه ذلك من إطلاق مراح السلطتين التشريعية والتنفيذية من كل قيد.

وثانيهما: أن تحل هاتين السلطتين مطحا في مباشرة مهمتها، أو أن ترقبانهما في كيفية ممارستها لوظيفتها القضائية.

وليس ذلك كله غير إنهاء لهذه الرقابة عملاً وقانوناً. فلا تبقى على مسرح الحياة السياسية غير سلطنتين مستبدان بكل أمر، وتصفان بكل حق، ليظهر الممتور كوثيقة جوفاء في معانيها ومقاصدها وفي القيم التي تتوخى فرضها.

الفصل الخامس

الرقابة القضائية على الدستورية: مفترضاها

تقتض الرقابة للقضائية على الشرعية الدستورية خلفية مواتية تحيط بها، ونقطة انطلاق ترتكز عليها، وإطارا للعمل يدعم وظلتها، وتوكيدا لنهائية أحكامها.

المبحث الأول

الخلفية اللازمة للرقابة على الدستورية

٨٩- لا تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية ولايتها تشهيا أو تعالياً، ولكنها تعمل فقط على إخضاع الأمر للتي تبشر السلطة، للدستور.

ولأن هذه الرقابة يقتضيها الإيمان بها وبضرورتها، فإن بيئتها ترتبط بنوع وخصائص الديمقراطية التي تحيط بها وتتفاعل معها.

المطلب الأول

الدول الشمولية

٩٠- وكان منطقيا بالتالي ألا يكون لهذه الرقابة موطئ قدم في الدول الشمولية التي تشكل مجتمعا^(١)، وتكبلور القيم التي يختص بها، من خلال مفاهيم تستل بتحديد عناصرها، وأخصها نزعتها الأيدولوجية التي تفرضها على مواطنيها، وتدعوهم إلى النفاذ عنها، والقتال من أجلها.

وهي بعد دول لا تعدد أحزابها، ولا خياراتها. بل تكون مقاليد الأمور جميعها -السياسية منها والاقتصادية والاجتماعية والقانونية- بيد حزبها هي الذي يحدد لمواطنيها أولوياتهم، ويرصد تحركاتهم، ويغد حرياتهم، ويتدخل في أخص مظاهر حياتهم الشخصية، ويعزلهم عن كل صلة تربطهم بالخارج، وإن استأثر حواسهم من أجل دعم نظمها والنفاذ عن عقيدتها، وحضهم على الإسهام بصورة جماعية في نشاطها، وهو يصنفهم بين مؤمن بمذهبها، ومعارض لقيمها.

(١) تتماشى الدول الشمولية، الدول البورجوازية، وهي في اعتقادها تلك التي تتحكم فيها ديكتاتورية لاداة ترأسها سلطة على البروليتريا التي تمثل الطبقات الكالحة.

ولأن حزبها منظم تنظيماً هرمياً وسلطياً، قائماً على الاختيار الدقيق لعناصره، فإن حق الانضمام إليه لا يكون مكفولاً لكل مواطن، وإنما يقتصر هذا الحق على صفة مختارة لها مزاياها وعليها واجباتها، وتنتمى بالولاء المطلق لأيدولوجيتها التي يُحمل المواطنون على اعتناقها والانخراط في فصول دراسية لتعلمها An all-encompassing ideology، وإلا حق ردعهم من خلال الأجهزة السرية التي تتعقبهم، والوسائل القسرية التي تطارد بها الخارجيين منهم على نظمها، فلا يكون ترويعهم إلا إرهاباً منظماً Organized Terror.

كذلك فإن احتكار الدول الشمولية وسائل الاتصال على اختلافها، موداة ألا يطرق مواطنوها أبوابها إلا بلذتها، لضمان صيغهم في قولها.

واستبدادها بمصادر الثروة في إقليمها، يوفر لقوتها عناصر بأسها. وسيطرتها الكاملة على أسلحتها ضرورة تقتضيها بنفسها، لضمان احتكار عناصر القوة بيدها، وإسحق كل تمرد عليها، وردع كل إخلال بنظمها بصورة ملحقة لا تهلون فيها^(١).

المطلب الثاني

الدول السلطوية

٩١- ولا مكان كذلك للرقابة القضائية على الدستورية في الدول السلطوية التي تتعبد ناصبها الأمر فيها لفرد أو لجماعة صغيرة تتخذ شكل أسرة أو طبقة اجتماعية، أو حزباً سياسياً وحيداً^(٢).

مثلما هو الحال في كثير من الدول الأفريقية والآسيوية الدامية التي كانت حركاتها من أجل الاستقلال موجهة ضد السلطة الاستعمارية؛ وشعاراتها تفيض بالأمل في حياة أفضل. وما أن حصلت مناضلوها على استقلالهم حتى آل أمر الديمقراطية فيها سرياً.

(١) Michael G. Roskin- Robert L. Cord - James A. Medeiros and Walter S. Jones, POLITICAL SCIENCE, AN INTRODUCTION, fifth edition, pp 59- 72.

(٢) كان لويس الرابع عشر ملكاً لدولة سلطوية عندما قال عبارته المشهورة "أنا الدولة" كذلك كانت ألبانيا في عهد فرانكو مثلاً للدولة السلطوية ولم يكن لدى فرانكو ومؤيدوه أية أيديولوجية ينافسون عنها، وكان التعبد قائماً في الصحافة والاقتصاد، ولكن في حدود ضيقة. أما الصين فتعتبر مثلاً للدولة الشمولية بسحقها الحركة الديمقراطية

ولم يحظ التعليم فيها بدوره المتوقع. وتضائل دخلها كذلك بعد تراجع استثماراتها. وطحن للفقر والجوع معظم مواطنيها، وصرفهم السعي لضمان قوتهم، عن النضال من أجل حرياتهم السياسية.

ولم يكن اقتصادها كذلك قريباً من الثورة الصناعية، ولا حريصاً على الاتصال بأساليبها وأدواتها.

ولأبصر المواطنين وزن القبيلة، وركزوا اهتمامهم على مصالحها أكثر من سعيهم لتكوين الثروة وضمان تراكمها.

وروج قادة هذه الدول مقولة أن اقتصاد بلدهم ولزدهارها، مطلق بأيديهم، وبما يصدر عنهم من أعمال يكتفي لصحتها أن تكون مبلورة ما يتصورونه من وجههم كافلة آمال مواطنيهم واحتياجاتهم. وليس لازماً بالتالي أن تكون هذه الأعمال معبرة عن إرادتهم في مجموعها.

وما يميز الدول السلطوية عن الدول الشمولية، هو أن أولاهها لا تتحكم في كل صور النشاط في مجتمعها، وقلمما يكون لديها أيديولوجية تتأصلا وتروج لها.

كذلك يظل جانباً من المسائل المعالية والسياسية والاقتصادية والثقافية بيد مواطنيها. وهي فضلاً عما تقدم، لا يعطى أن تكفل حريتهم، وحزبها الوحيد تكرر مستوياته وتتصاعد، منتهية جميعها إلى قيادة أسرة لشخص أو لجماعة لا تولي لقيم الحرية والتوافق والتعاقد والعمل بصورة مقبولة، إلا دوراً ضئيلاً، شأنها في ذلك شأن بعض عناصر الديمقراطية التي قد تتسامح في وجودها. ذلك أن القيمة الأعلى للدول السلطوية، هي صون نظامها وتحقيق تماسكها من خلال ضمان الخضوع الكامل لها.

كذلك، فإن أكثر ما تتفاضل به النظم السلطوية على الشمولية، هو أن أولاهها بوسعها أن تصحح نفسها بنفسها؛ أما ثانياتها فإن تصحيحها لنفسها قد يؤول إلى زوالها^(١).

(١) مثلاً حدث في الاتحاد السوفيتي الذي تصدح تماماً بعد أن حاول التخلص من الشيوعية، ولو بصورة تدريجية.

المطلب الثالث

أثر مفاهيم السوق على التحول الديمقراطي

٩٢- وقد تتحول النظم السلطوية -من خلال اقتصاد السوق، وحسن استغلالها لثرواتها- إلى نظم ديموقراطية تدعمها الطبقة المتوسطة^(١) بعد تزايد حجمها وارتفاع مستوياتها التعليمية؛ وبإدخال الأفكار الديماجوجية أو التطرفية؛ ووعيتها بمصالحها وقدرتها على التعبير عنها؛ وانغماسها في مهنها وأعمالها؛ وسعيها لتنمية ثرواتها الشخصية، ورصدها أخطاء حكومتها ومحاولتها تقويمها؛ وتلقيها من اقتصاد السوق معلوماتها عن ضرورة تسامحها مع خصومها، والإيمان بالتعددية عملاً؛ والاعتماد على الجهود الذاتية لبناء وتطوير مجتمعها؛ مما يعينها في النهاية على إيجاد صحافة نافذة، وضمان حق الاقتراع الحر والعلم، ولن تكون الحزبية تعددية بالضرورة.

المطلب الرابع

النظم الديمقراطية هي الخلفية الضرورية للرقابة على الدستورية

٩٣- ولا ضمان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في مباشرتها لوظائفها إلا في النظم الديمقراطية التي تمتاز بحكوماتها بدعم الجماهير لها؛ وبالتنافس بين أحزابها السياسية؛ وبالتداول السلطة سواء في أشخاص من يتولونها؛ أو في القيم التي تؤسسها؛ وبقراراتها التي تدعمها أغلبية تظاهرها؛ وبمجالسها النيابية القائمة على ضمان صفتها التمثيلية؛ وبحق مواطنيها فسي عسيانها، ومقاومة أوامرها لرد طغيانها، أو لتقويم انحرافها؛ مع التسليم بتكافئهم في فرص الحياة السياسية^(٢)؛ وفي القيمة التي تعطيها الدولة لأرائهم؛ وفي إمكان ترويجها وضمان اتصالها بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وفي حيادها في مواجهة هذه الآراء؛ وفي مولزنتها الحرية بالقيود المنطقية التي تضبط حركتها.

ولا يتصور بالتالي أن تبشر جهة الرقابة على الدستورية ولايتها بصورة جادة في ظل نظم لا توافق الديمقراطية في ركائزها وصحيح بنيانها. وهو ما يتحقق بوجه خاص في دول لا تؤمن بأن الناس جميعهم حقوقاً ترتبط بأشخاصهم، ويقود ضمانيها سلطاتها.

(١) للطبقة المتوسطة مصلحة أكيدة في دعم النظم الديمقراطية لأن مكاسبها ترتبط باستمرار هذه النظم.

(٢) من المؤكد أن المساواة السياسية بين المواطنين فيما يتعلق بالإسهام في الحكومة والتنافس من خلال الانتخاب على تقلد الوظائف الحكومية، أمر نظري يفتقر لأنها تحتاج إلى كثير من المال وإلى روابط عصرية أو صلات نبيلة

وكذلك إذا لم تكن التعددية هي نقطة البداية في تنظيماتها السياسية والنقابية والفنية والثقافية والدينية؛ أو كان احتكارها للحقيقة تعبيراً عن آرائها الرسمية التي لا تتحول عنها، إنكاراً لحق خصومها في انتقادها. فلا نتلون مواقفها بغير مصالحها الضيقة.

وكذلك الأمر كلما كان انفلاتها عن الاتصال بغيرها من الدول، أو حجبها وسائل التنفيذ إلى معلوماتها، سياسة تلتزمها؛ وتمييزها بين الأحزاب في بلدها، ملتصها إلى تدخلها في شؤونها؛ وإعراضها عن تحقيق التوازن بين السلطة والحرية، أو بين القطاعين العام والخاص، أو بين حقوق مواطنيها وواجباتهم، اتجاها ثابتاً لها.

المبحث الثاني

نقطة البداية التي تنطلق منها الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٩٤- تحرص الدساتير المعاصرة على ضمان الحرية من خلال مدخلين:

أولهما: فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها البعض. وثانيهما: مراقبة كل فرع للفرع الآخر بما يكفل التوازن بينها.

ذلك أن أكثر ما يهدد الحرية هو تدخل السلطين التشريعية والتنفيذية من خلال نصوص قانونية تبال منها أو تنقذ من محتواها. ولم يكن منطقياً أن تظل هذه النصوص بعيدة عن شكل من أشكال المراجعة القضائية التي تقوم عليها جهة تستقل عن السلطين التشريعية والتنفيذية، كي تفصل من خلال الخصومة القضائية فيما يطرح عليها من طعون في شأن تلك النصوص لتقدير صوابها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور.

وتلك هي المراجعة القضائية التي تختص بها جهة أولها الدستور سلطة الفصل في دستورية النصوص القانونية جميعها، وسواء كانت هذه النصوص في صحيح نكيفها القانوني، تعتبر تشريعاً أصلياً أو فرعياً؛ وسواء كان تصادمها مع قاعدة في الدستور، أو مع قاعدة ذات قيمة دستورية، ولا نص عليها في الدستور.

ومن ثم تكون القواعد المنصوص عليها في الدستور، وكذلك أية قاعدة أخرى في حكمها، كلفة حقوق الأفراد وحررياتهم. وإليها تحتكم جهة الرقابة القضائية على الدستورية في إبطال للنصوص القانونية الأدنى مرتبة منها، أو تقرير صحتها.

ذلك إن الدستور قانون، وإن كان قانوناً أساسياً Basic law يوازن الحرية بالقيود المنطقية التي يفرضها عليها، أو التي يحيل في شأن تحديدها إلى تشريع.

وهي بعد قيود لا يجوز للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تبسطها إسرافاً أو نهاياً أو ترليخاً، أو حتى من خلال خطئها في تقدير المفاهيم التي يقوم الدستور عليها، وإلا صار تنظيم الحرية نابعاً عن غلواء السلطة وإحراقها عن مقصدها.

بما مؤداه أن لنصوص الدستور -في أصول المسائل التي تنظمها وفروعها- الصادرة على ما دونها من القواعد القانونية.

٩٥- ومن غير المقبول بالتالي أن ننظر إلى نصوص الدستور، وكأنها مجرد قواعد توجيهية جردتها السلطة للتأسيسية من خاصية الإلزام، ولحالتها إلى مرسوم شوهاه بغير قيمة، وليس لها فسي محيط الحياة القانونية لية آثار يمكن ترتيبها عليها^(١) It cannot be presumed that any provision in the Constitution is intended to be without effect. شأن هذا القول شأن إدعاء تنالض نصوص الدستور فيما بينها، أو تخلفها عن مولجة عصرها، كلاهما مقيم وغير سديد.

وكان لازماً بالتالي أن يرتبط إنفاذ نصوص الدستور بصرامة تطبيقها، وأن يكون للدستور هو القاعدة التي تنطلق منها الرقابة القضائية على الدستورية وتتركز عليها، سواء صبح ما ادعاء بعض الفقهاء من أن هذه الرقابة تعود في جذورها التاريخية إلى بعض السوابق القضائية التي أنشأتها^(٢)؛ لم صبح ما قرره آخرون من أن السوابق القضائية في شأن الرقابة القضائية على الدستورية، لا تنل على ترابطها فيما بينها؛ أو على وحدة اتجاهاتها؛ أو على مساندتها لهذه الرقابة وتوكيدها.

كذلك فإن للرقابة القضائية على الدستورية محاذيرها ومخاطرها التي تدعو بعض الدول -والنامية منها بوجه خاص- إلى التردد في القبول بها. بل إن الدول التي تؤيدها مختلفة فيما بينها حول طبيعة الجهة التي تبأشرها، وخصائص تكوينها وحدود ولايتها، وأثار أحكامها أو قراراتها.

إلا أن الحقيقة الثابتة -القانونية والواقعية- تشهد بأن هذه الرقابة -ولما كان خصومها- يفرض نفسها كضرورة لا نزاع في ثبوتها، لا لأن هذه الرقابة تحتكم إلى قوانين الطبيعة؛ ولا إلى قوانين فوقها تعد إلهام إلهاء؛ ولا إلى مفاهيم يقتضيه العدل والمنطق في صورة مجردة، ولا إلى وثائق دينية لها قداستها، وإنما هو الدستور -مكملاً بوثائق إعلان الحقوق التي يضمها في صلبه إذا أحال إليها في ديباجته- تحتكم إليه جهة الرقابة على الدستورية، لتعطي النصوص الوضعية التي تضمنها على ما سواها.

(١) Marbury v. Madison 1 Cranch (U.S) 137 [1803].

(٢) من بين السوابق التي نكثر الإشارة إليها، ما قرره لورد Coke في قضية Dr. Bonham حيث يقول:

In many cases the common law will control acts of the parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common rights and reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such an act to be void. (1610) 8 Co. II3b, II8a, 77 ER.646, 652.

ولا يتصور بالتالي في مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أن تتعدّد السيادة للقانون بمعنى الكلمة؛ ولا أن يكون إبطاله بحكم تصدره جهة الرقابة على الدستورية، دالاً على علوها على السلطة التشريعية أو حظرها من كرامتها؛ ولا أن يكون المفوض في مباشرة اختصاص ما، أصيلاً في مجال الفصل في مجاوزة حدوده؛ ولا أن تكون مباشرة السلطة لتحرقاً عن ضوابط ولايتها ولا تغليباً لامتيازاتها على حدود مسؤوليتها؛ ولا فصلاً لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن ضماناتها.

فذلك كله مما لا يأنّ للدستور به أو يرخّص فيه.

وكان منطقياً أن يقيم الدستور جهة قضائية تتولى بنفسها -من خلال الخصومة القضائية- مهمة فرض أحكامها على المخاطبين بها. فلا يكون الدستور -وكذلك كل وثيقة أخرى لها قوّته أو قيمته مبدئية- غير مرجعها الوحيد في مجال الفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها.

ومن ثم تستقل جهة الرقابة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية؛ فلا هي بجهة سياسية في تكوينها ووظيفتها، ولا هي فرع من السلطة التشريعية أو التنفيذية. وإنما يكون لجهة الرقابة القضائية إجراءاتها وضمائمها. ولخصها حينئذ واستقلالها، سواء كانت رقابتها مقصورة على الفصل في دستورية النصوص القانونية قبل إصدارها وجريان آثارها في شأن المخاطبين بها؛ أم كان مناصب رقابتها ممثلاً في النصوص القانونية بعد تطبيقها، وهو ما يفترض نشرها في الجريدة الرسمية، وبدء للمعاد المحدد لسريانها.

وسواء نظم الدستور جهة الرقابة القضائية بوصفها هيئة قائمة بذاتها تتحصّر الرقابة القضائية في يدها؛ أم عقد أمرها المحكمة الأعلى في بلده من خلال سلطتها الاستئنافية التي تباشرها على المحاكم الأدنى منها؛ فإن الخصومة الدستورية لا تنحصر إلا على ضوء أحكام الدستور بوصفه وثيقة أصدرتها هيئة تمثل أمته بصورة أعق وأشمّل، وعلى وجه أكثر ثباتاً من السلطة التشريعية وممثليها.

٩٦- ولازم ما تقدم، أن يكون الرقابة القضائية على الدستورية، مفترضها ممثلاً في دستور منون جامد، فلا يُحتكم لسواه^(١) تقديراً بأن نصوص هذا الدستور هي التي تحدد بصورة لا تجهيل فيها- قواعد تقاسم السلطة وتوزيعها بين الأفرع التي تباشرها، ونطاق حقوق الأفراد وحرياتهم.

(١) يأخذ حكم الدستور، للنصوص في أيها همه دستورية ولو لم يكن للدستور قد حال إليها في دبلجته.

كذلك لا يجوز الخلط بين جمود الدساتير من ناحية، وضرورة تطويرها من جهة أخرى. ذلك أن الدستور، وإن كان وثيقة لها خطرها تتوخى تحقيق نوع من التوازن في الحقوق التي يكتفلها لكل سلطة، وفيما يجوز لها أن تقيد من حقوق المواطنين وحرياتهم؛ إلا أن الدستور يظل وثيقة لا يرتبط تطبيقها بزم من معين. وإنما يكون سريانها ويقاؤها مشروطا بقدرتها على الصمود عند انتقال الجماعة من طور إلى آخر تتحول فيه قيمها واحتياجاتها، فلا تبقى على حالها، وإنما يصيبها التغيير في ظل من كثير من جوانبها^(١).

ويظل توثيق الدستور مع أوضاع الجماعة التي يعايشها مطلوباً، ولو كان مرناً. وإن صح القول بأن الدساتير المرنة يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التي تعدل بها القوانين التي تقرها. ولا تقوم بالتالي ضرورة لتطوير دستور يجوز أن تديره السلطة التشريعية بإجراءاتها المعتادة، سواء ورد التعديل على بعض جوانبه، أو تناول تغيير بنيانه بصفة جوهرية.

ولا كذلك الدساتير الجامدة التي لا يجوز أن تعدلها السلطة التشريعية وفق القواعد الإجرائية ذاتها التي تعدل بها تشريعاتها. وإنما يعين إجراء هذا التعديل على ضوء قواعد أكثر صرامة من تلك التي تلزمها السلطة التشريعية في تعديلها لتشريعاتها.

وذلك هو الجمود في الدستور. وهو جمود لا تقرر إلا هيئة أعلى خرج الدستور من صلبها، وتسمو بمنزلتها على السلطتين التشريعية والتنفيذية المعترتان من خلقها وتأسيسها.

ولا شأن بالتالي لجمود الدستور، بالطبيعة النوعية لقواعده، ولا بمضمونها. ذلك إن نصوص الدستور -ولو لم تكن لها طبيعة القواعد الدستورية بمعنى الكلمة^(٢)- تظل جامدة إذا أحاطها الدستور بضمانة تحول دون تعديلها وفق القواعد الإجرائية التي تحد بها السلطة التشريعية قوانينها.

(١) Kamper v.Hawkins, I Vrginia Cases 20,38 (1793).

انظر كذلك ما قرره جون مارشال رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية McCulloch V.Maryland 17 U.S. 4 Wheaton 316.(1819) حيث جاء في الحكم الصادر فيها ما يأتي:

"It is a constitution which we are expounding, but the constitution was intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs".

(٢) قررت المحكمة الدستورية العليا في مجال تعريفها بالقوانين المكنة للدستور، أن هذه القوانين هي التي تتناول في مبادئها، القواعد الدستورية بطبيعتها التي لا تظل منها في الأعم أية وثيقة دستورية، والتي يضمن حتى يكون التنظيم التشريعي مكملاً لها أن يكون مفصلاً لحكمها، كالقواعد المتعلقة بصون استقلال السلطة القضائية بما يكتل مباشرتها لشئون العدالة دون تدخل من أية جهة. ولا كذلك القانون الذي يحدد أحوال فصل الموظفين بغير الطريق التكميلي أو الذي يصدر في شأن التعبئة العامة.

دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ بمساعدة رقم ٢٢/١/٢٢/٥/١- ص ٢٦١ وما بعدها من الجزء الخامس من المجلد الأول من أحكامها.

١٧- كذلك تختلف عملية تطوير الدستور، عن المصلحة التي تملكها جهة الرقابة على الدستورية في مجال فهمها للواقعة المتنازع عليها، والنظر في القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها عليها انتقالاتها بها من صورتها المجردة، إلى تطبيقاتها العملية في حالة بذاتها ببلورها نطاق الخصومة المطروحة عليها.

وإنما ينحل تطوير الدستور إلى عملية خلق وإبداع لا تفترض ثبات نصوص الدستور في معانيها، ولا فهمها بصورة واحدة في أزمان مختلفة. ذلك أن تطوير الدستور عملية متجددة تجد مصدرها في الأوضاع القائمة في لحظة زمنية بعينها، وضرورة مواجهتها بالتحول التي تلتها. فذلك وحده هو الضمان النهائي لحيوية الدستور وقدرته على الصمود، وتحقيق مصالح مختلفة لأجيال متعاقبة. ويظل تطوير الدستور عملية منطقية تفترض وجود علاقة من نوع ما بين نصوص الدستور والمعاني التي أعطتها لها جهة الرقابة القضائية على الدستورية^(١)، وهو ما لا يتحقق بانتزاع هذه الجهة لقيم يستحيل ربطها بنصوص الدستور؛ أو عن طريق فرضها لتصوراتها الشخصية على نزاع مطروح عليها بما يضعها في مركز المشرع الأعلى^(٢) Superlegislature.

ويظل تطوير الدستور مطلوباً في حدوده المنطقية، وضرورياً في الدساتير الجامدة بالنظر إلى القيود الإجرائية الباهظة التي تحيط بتعديلها، بما يصير إجراء هذا التعديل في الأعم من الأحوال.

(١) أنظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Black في قضية:

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 520 (1965).

حيث يقول:

"Judicial creativity is essential to constitutional interpretation, but as Justice Hugo Black, dissenting in *Griswold*, warned, 'unbounded judicial [creativity] would make of this Court's members a day-to-day constitutional convention'".

(٢) أنظر الرأي المخالف للقاضي Holmes في قضية:

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

وكذلك الرأي المخالف للقاضي Black في قضية:

Harper v. Virginia State Board of Elections. 383 U.S. 663, 678 (1966).

"When a 'political theory' embodied in our Constitution becomes outdated, it seems to me that a majority of the nine members of this Court are not only without constitutional power but are far less qualified to choose a new constitutional political theory than the people of this country"

ولئن صح القول بأن الدستور هو الركيزة التي تنطلق منها جهة الرقابة القضائية على الدستورية فيما تفصل فيه من مطابقة النصوص المطعون عليها للدستور، إلا أن لهذه الجهة أن تستهض في مجال تفسيره كافة الحقائق التاريخية، وأن تعتمد إلى فهمه بالاستهداء بغير الحقائق التاريخية من المصادر، كالموايق القضائية بقدر تعلقها بالنزاع المعروض عليها، وإن ظل محظوراً أن تكون رؤيتها للدستور تصوراً شخصياً من جانبها. ما لم يكن هذا التصور متصلاً بمواجهة تغيير هام طرأ على الجماعة^(١).

(^١) W.J. Brennan, Jr. "Inside View of the High Court", New York Times Magazine 35 (6 October 1963); See also I. Kaufman, Remarks, "The Courts in Peril" The Palm Beach Round Table, 3-4 (10 February 1983).

المبحث الثالث

الإطار الذي تعمل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية للدستورية

٩٨- فإذا استقام لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، اختصاص الفصل في دستورية القوانين، فإن ديناميكية نشاطها ترتبط بحد من العوامل أهمها درجة استقلالها، وحدود ولايتها، والقيود على ممارستها، وكيفية مباشرتها لوظيفتها القضائية عملاً.

فليس متصوراً أن يكون دور هذه الجهة فاعلاً في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إذا كان كيانها تابعاً لجهة حكومية توجهها وتحدد لها ما تفعل.

ولما يتعين أن تكون جهة الرقابة القضائية، قائمة بذاتها، وإن دل العمل على تدخل السلطين التشريعية والتنفيذية في تشكيلها لتطبعها بتوجهاتها.

ولا يجوز للدستور أن يكل إلى المشرع تحديد نطاق ولايتها ليوسعها أو يضيقها وفق ما يراه. ذلك أن تركها في يده، مؤداه أن يستقل ببيان حدودها، وأن ينقض عليها إن أراد فلا يتواءم لجهة الرقابة القضائية ضمانات استقلالها عن السلطين التشريعية والتنفيذية. وقد تغير السلطة التشريعية من عدد قضاه هذه الجهة -إذا لم يكن الدستور قد حدده- بقصد للتأثير في قراراتها^(١).

ولا يجوز في أية حال أن يعامل قضاؤها بوصفهم من موظفي الحكومة العاملين في خدمتها؛ ولا أن تتقرر مرتباتهم بصفة شخصية؛ ولا أن تنزل بها السلطة التشريعية عن الحدود الدنيا لاحتياجاتهم؛ ولا أن تتحكم هذه السلطة في ميزانية جهة الرقابة القضائية^(٢)؛ ولا أن يقرر المشرع إنهاء خدمتهم بالرغم من صلاحيتهم وحسن سلوكهم^(٣).

(١) Robert H. Jackson. "The Supreme Court in the American System of Government". Views from the Bench, 1990, printed in India, New Delhi, p.20.

(٢) بالرغم مما تنص عليه المادة ٥٦ من قانون المحكمة للدستورية العليا من أن لها موازنة مستقلة تد على نمط الموازنة العامة للدولة، إلا أن وزارة المالية لها الكلمة النهائية في شأن الأموال التي ترصد فيها، وهو ما يذل من استقلال المحكمة ويقوى قبضة سلطة التنفيذية عليها.

(٣) يظل قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في مناصبهم حتى موتهم ما برحوا حسنى السعة، كذلك فإن مرتباتهم تكفل لهم حياة كريمة ولا يجوز خفضها.

فذلك كله مما يعين السلطين التشريعية والتنفيذية على إخضاعهم لضغوط تؤثر في عملهم، خاصة من خلال إغوائهم بالمزايا التي يستطيعون الحصول عليها فيما لو تضاعل دورهم، أو همد نشاطهم.

كذلك فإنه مما يناهض استقلال جهة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أن يعهد إليها بأعمال لا شأن لها بالتوظيفة القضائية التي تتولاها. كأن نلن برصد محاكمة تليفونية أو أن تقدم لجهة إدارية -وبناء على طلبها- آراء استشارية تبديها لها، أو أن تفصل في غير خصومة قضائية تتشـير تقابلًا وتناقضاً حاداً بين مصالح أطرافها.

ويعتبر تعديا على جهة الرقابة على للدستورية، منالها لاستقلالها عن السلطين التشريعية والتنفيذية، تدخل إحداها في تنفيذ أحكامها، سواء من خلال تحويل مضمونها، أو إسقاط حجبتها، أو عن طريق إرجاء أعمال الآثار للقانونية المترتبة عليها.

ذلك أن عوائل التنفيذ هذه إنما تحول بمضمونها أو أبعادها، دون اكتمال مدها، فلا تتصل حلقاته ببعضها، ولا تتضام فيما بينها، ليفقد الحكم جدواه من خلال تعطيل جريان أنساره بتمامها دون نقصان.

وعوائل التنفيذ هذه، هي التي حرص قانون المحكمة الدستورية العليا بنص مادته الخمسين، على هدمها، وإنهاء الآثار القانونية التي أحدثتها، لضمان العودة بالتنفيذ إلى حالته السابقة على نشوئها، ولو كان مصدر هذه العوائل قانون أقرته السلطة التشريعية، ينال من التنفيذ في حقيقته ومضمونه، ويعطل البدء فيه، أو استكمال بدليته^(١).

وفي مواجهة هذه العوائل جميعها، يكرن بيد المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، السلطة الكاملة التي نزيلها بها. فلا يصير لها بعد تدخلها -ومن خلال منازعة التنفيذ التي يطرحها عليها كل ذي شأن فيه- من وجود، على أن يكون مفهوما أن هدمها لهذه العوائل يتخذ إحدى صورتين:

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٦ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤- للمساعدة رقم ١/٦ من

٨٢٣ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

أولاهما: أن يتمثل عائق التنفيذ في قرار صدر عن جهة إدارية. وعندئذ ينعدم هذا القرار ويعامل باعتباره مجرد عتية مادية لا تولد آثاراً قانونية. ولكل ذي شأن أن يتجاهلها وأن يدفعها بما يراه من التدابير. ذلك أن عدم نفيض الوجود. ويستحيل إحياء عدم من جديد، إذ الماقت لا يعود.

ثانيهما: أن يكون هذا العائق قد نجم عن قانون صدر عن السلطة التشريعية، وعندئذ تبطل المحكمة الدستورية العليا هذا القانون لخروجه على ضوابط الشرعية للدستورية، وأخصها خضوع الدولة بكامل بتنظيماتها للقانون بمعناه العلم على ما تقرره المادة ٦٥ من الدستور.

ويؤيده كذلك أن ولاية المحكمة للدستورية العليا في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، مردها إلى نص المادة ١٧٥ من الدستور.

فإذا عطل المشرع تنفيذ أحكامها - وحثتها متعدياً إلى الناس كافة، وإلى السلطة بكل تنظيماتها - دل ذلك على إتراف ولايتها من مضمونها^(١) بما يخل بحقيقة أن نصوص الدستور هي التي تكفل للحقوق التي تصونها، ضماناتها العملية، وإلا صار الدستور وثيقة جوفاء، قائمة للونها.

ويبدو هذه الحقيقة أكثر ما تكون وضوحاً في الدول الفيدرالية التي تقوم فيها محكمة عليا فيدرالية ووحيدة، تعمل - من خلال أحكامها - على تحقيق التوازن الدقيق بين اختصاصات الاتحاد ووحداته الإقليمية. فإذا دهمته أو شوهته السلطة الاتحادية هي أو ولاياتها، لخل هذا التوازن، بما يهدد كيان الاتحاد إلى حد تفراط عتده.

٩٩- كذلك فإن لجهة الرقابة على الدستورية، أسلوباً للعمل بصون سرية مدلولاتها التي تحيط بكل القضايا المعروضة عليها، ما لم يكن من اختصاص هذه الجهة أن تحدد بنفسها ما تنظره منها
To decide what to be decided

(١) أحياناً يتحقق الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية حتى في الدول العريقة في ديموقراطيتها، فقد اعترض الرئيس الأمريكي جاكسون على حكم لم يجبه صدر عن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، فقال مخاطباً رئيسها جون مارشال ومتهكما "لقد اتخذ مارشال قراره، وعليه الآن أن ينفذه".

"Marshall has made his decision, - now let him enforce it".

وهي في كل حال لا تفصل من منظور مجرد في نزاع تقرر السير فيه، ولا بما يناقض وحدة الجماعة واستقرارها. وليس يوسعها أن تفسر النصوص القانونية المطعون عليها بما يخرجها عن معانيها الواضحة، في إطار مبادئها، وعلى ضوء موضوعها، ووفق أغراضها.

ومعانيها هذه هي التي تحدد حقيقة النصوص المطعون عليها وجهتها^(١)، فلا يجوز تحريفها.

يؤيد هذا النظر، أن الكلمة للوحدة يستحيل أن يحملها العقل على معنى واحد في كل الفروض^(٢).

وينبغي بالتالي في مجال تفسير النصوص القانونية المطعون عليها - على الأخص إذا شابها غموض في بعض جوانبها أو أحاطها في كل أجزائها - الرجوع إلى مضابط السلطة التشريعية، وإلى أقوال أعضائها، وشهادة الخبراء الذين استدعيتهم في لجان الاستماع، وكذلك إلى الحقائق التاريخية، خاصة وأن هذه الوثائق جميعها قد تقدم إجابة من نوع ما على فروض لم يتوقعها المشرع، أو يأخذها في اعتباره، بما يجعل هذه الفروض مسائل مسكوتا عن تنظيمها.

١٠٠ - ويلاحظ كذلك أن قراءة النصوص القانونية، مسألة مختلفة من كل الوجوه عن إعادة كتابتها.

كذلك فإن قراءتها، قد تدل على أن ما هو مدون فيها، يناقض روحها ونوايا المشرع في شأنها^(٣).

وإخضاع النصوص القانونية المطعون عليها في مجال تفسيرها لضوابط منطقية، حقيقة قانونية لا نزاع فيها. ويندرج في إطار هذه الضوابط:

أولاً: أن القانون الباطل لا ينتقل صحيحاً لمجرد قدم العهد على تطبيقه.

(١) Oliver.W.Holmes "The Theory of Legal Interpretation", in Collected Legal Papers 207 (New York: Harcourt, Brace 1920).

حيث يقول:

"We do not inquire what the legislature meant, we ask only what the Statute means".

(٢) McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 wheat) 316,314 (1819).

(٣) United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 139,201 (1979).

ثانياً: أن عناصر خارجية ينبغي الاعتماد عليها في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، من بينها الأوضاع القاهرة التي أحاطتها عند صدورها.

ثالثاً: أن إبطال بعض أجزاء القانون، لا يفيد بالضرورة إنهاء العمل ببقية.

وإنما يجب فصل النصوص التي أبطلتها جهة الرقابة القضائية عن سواها من أجزاء القانون، وتطبيق باقيها على الفروض التي تواجهها، بشرط ألا يكون المشرع قد نظر إلى أحكام القانون جميعها باعتبارها واقعة في إطار وحدة عضوية لا تنقسم مكوناتها، وألا يكون مناقياً لحكم العقل تطبيق ما بقي من نصوصه بعد إبطال أجزائه المناقضة للدستور.

رابعاً: أن القيود التي تحد بها السلطة التشريعية من ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية بما يخرج عن حدود تنظيمها، تكون عديمة الأثر قانوناً. وليس لها كذلك أن تمنعها من تطبيق قانون في نزاع معروض عليها، أو من الفصل في دستوريته، إلا بناء على نص في الدستور.

خامساً: أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لا يجوز أن تتسامح في القيود التي يفرضها المشرع على الحرية، إلا بقدر ضرورتها، وانفاقها مع القيود التي تقابلها، والمعمول بها في الدول الديمقراطية الحرة.

سادساً: أن النصوص القانونية ينبغي أن ترتبط عقلاً بالأغراض التي تتوخاها، بما يكفل لهذه النصوص -كوسائل لتأخذها المشرع- تحقيق الأغراض التي استهدفتها.

سابعاً: أن الإجماع ليس مطلوباً في قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، إذ الأصل هو أن تنقسم آراء قضاتها بين مؤيد ومعارض لغالبيتهم، وأن يكون موقفهم من حكمها إما انحيازاً لمنطوقه والدعائم التي قام عليها، وإما استقلالا عنها بما يعارضها كلية، أو يوافقها في بعض أجزائها.

ثامناً: يفترض في النصوص القانونية المطعون عليها موافقتها للدستور، وهو ما يقتضى تفسير هذه النصوص -ربقدر الإمكان- بما يجنبها مناقضة أحكامه.

بيد أن هذا الافتراض لا يؤخذ به على إطلاق، بل يتعين حصره في نصوص الدستور التي تنظم تقسيم السلطة وتوزيعها، دون حقوق الأفراد وحياتهم التي يعامل كل عنوان تشريعي جسم

عليها باعتباره مشتبها فيه، مقتضيا رقابة صارمة أسامها أن تقيد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة قاهرة، وبأقل الوسائل إخلالا بها^(١).

١٠١- والأصل في جهة الرقابة على الدستورية، هو أن تبدأ مدولاتها بعد أن يقوم رئيسها بعرض لواقعة النزاع وبيان حكم القانون بشأنها بصورة مبدئية، ثم يليه بعد ذلك الأقدم فالأقدم من قضاة هذه الجهة.

وبانتهاء هذه المرحلة التي تتناول عرض القضية المطروحة من جوانبها الواقعية والقانونية، ينلى للقضاة بأصواتهم بدءا من أحدثهم وانتهاء بأقدمهم، حتى لا يتأثر الأحدثين في إبدائهم لأرائهم بوجهة نظر الأقدمين، وإن كان ذلك مشكوكا فيه إلى حد كبير، على تقدير أن من المفترض في الأقدمين أنهم افصحوا عن توجهاتهم في المرحلة الأولى من مدولاتهم، بل إنهم قد يتدخلون في مرحلة الاقتراع قبل اكتمالها، بإبدائهم لوجهة نظر يرون صوابها بما يؤثر على الأحدثين.

ولا مخرج من هذه الصعوبة إلا قيام جهة الرقابة على الدستورية بإجراء مدولاتها في مرحلة واحدة يندمج فيها عرض واقعة النزاع وشرحها، بالاقتراع على حكم الدستور في شأنها، لا من رئيسها ثم الأقدم فالأقدم من قضائهم. بل من أحدثهم صعودا إلى أقدمهم، وهو ما عليه العمل في المحكمة الدستورية العليا.

وبانتهاء المدولة في القضية المعروضة، يقوم عضو جهة الرقابة بإعداد مشروع حكم يلبسور فيه وجهة نظر الأغلبية، بعد أن يكون رئيس هذه الجهة قد أحال إليه القضية التي ينطق بها هذا المشروع.

وما ينبغي أن يلاحظ في هذا الشأن، هو وجود نظامين لتوزيع القضايا:

أحدهما: أن يوزع رئيس جهة الرقابة القضائية على الدستورية القضايا على أعضائها قبل إجراء أية مداولة في شأنها. وعندئذ يصبح هذا العضو مقرا للقضية التي أحالها إليه رئيس هذه الجهة. فلا تبدأ مدولاتها بين أعضائها إلا بعد أن يعرض المقرر واقعة النزاع، بجوانبها المختلفة مع

(١) Gerald- A. Beaudoin. "La Constitution du Canada". 2e tirage revise 1991, p.164-166, 170.

تصور مبدئي لحكم القانون بشأنها. ثم يقوم كل عضو سيءءا من أأءئهم وانتهاء بأقئهم، بأبءاء وءءة نظره للواقعة والقانونية- فى النزاع المطروح^(١).

وثانيهما: أن يقوم رئيس ءة الرقابة على الدستورية بربء انئاء مءولاتها المبءنية- بتوزيع كل قضية على من يءئاره من أعضائها.

وفضل هذه الطريقة على الطريقة الأولى، هو أن عملية للتوزيع فى الطريقة للثانية لا يءريها الرئيس إلا بعء وقوفه على آراء الأعضاء ءميعهم، وئعرفه على من يكون من بينهم أكثر ءرة على إءاء مشروع الحكم من زلوية معلوماته الأعق، أو ءوءهاته الأقرب من صورة للنزاع وءقيقته. فلا يكون الاختيار إلا للأءر على ءوين مسوءة الحكم فى صورتها الأولى.

وينعكس ذلك بالضرورة على عمل ءة الرقابة للقضائية على الدستورية؛ وعلى الدور الذى يلعبه رئيسها فى مءال ءشيطها. وهو دور يظهر بوضوح متى أءار الرئيس قاضيا من الأغلبية يكون أكثر اقترابا من الأكلية فى وءة نظرها، حتى يحصل على ءوافق فى الآراء حول الصيغة الئهائية لمشروع الحكم قبل صءوره.

وء يءار الرئيس أن بعء هو مسوءة مشروع الحكم فى القضايا ءبوية، أو الئى ءعبر علامة بارزة فى اتءاء ءعميق نور المحكمة.

وفىما عءا هذا الاستثناء، فإن القاضى الموزعة عليه القضية، هو الذى يقوم بتكوين مشروع الحكم الصادر فيها، بألا فى ذلك كل ءهءه بالتعاون مع معاونيه فى بعض النظم، ومنفردا فى نظم أخرى^(٢).

ثم يعرض هذا المشروع فى صورته المبءنية على القضاة ءميعهم. وئعبر هذا العرض مءوريا فى مءال ءءيىء الصورة الئهائية للءعائم الئى يقوم عليها الحكم. ذلك إن القضاة- من ءلال مسيرهم لهذا المشروع واستشرفهم أبءاءه- قء يءيرون من أصواتهم، وينءازون لفريق ءون آخر. فلا ءكون

(١) هذه الطريقة هى المعمول بها فى المحكمة الدستورية العليا.

(٢) فى الولايات المتحدة الأمريكية بعء القضاى المشروع المبءنى لمسوءة الحكم بالتعاون مع من يتبعه من المتخصصين فى علم القانون الماملين فى مكتبه Law Clerks، ولا ءوء لئال هذا للنظام فى مصر.

مواقفهم فى صورتها النهائية، غير طرح جديد لموضوع النزاع، على نحو يؤدى إلى انقسامهم وتبعثر أصواتهم، أو إلى تكلمهم من جديد فى اتجاه دون آخر.

وهو ما يعنى أن القضاة قبل أن يتخذوا قرارا نهائيا فى مشروع الحكم المعروض عليهم، يتبادلون الآراء فيما بينهم حتى فى أحاديثهم التليفونية أو الجانبية أو عن طريق أوراق يتبادلونها فيما بينهم، أو على مؤلّد. الطعام التى تجمعهم، أو تضم فريقا منهم.

ومنهم من يعرض أكثر من تعديل على مشروع الحكم، أو يقترح صياغة جديدة أكثر من مرة حتى يظهر فى الصورة النهائية التى يوافق للقضاة عليها^(١).

وكثيرا ما يقضى تعمق مشروع الحكم من خلال تكليبه على أوجهه المختلفة فيما بين القضاة الذين يحصونه، إلى تحول أصواتهم وانقلابها، وإلى تبادل الأغلبية والأقلية لموقعيهما.

بل إن القاضى المعهود إليه بإعداد مشروع الحكم، قد يلتفت نظر زملائه إلى أوجه الخطأ فيه، ويعرض عليهم نواحي هذا الخطأ مرفقا بها تصوره الجديد لمشروع بديل. فإذا أقروه، كان ذلك هو الحكم النهائى فى الدعوى.

وفى ذلك مؤشر واضح على الضغوط النفسية التى يتعرض لها القاضى الذى يعد مشروع الحكم. إذ عليه أن يصوغ هذا المشروع بطريقة تحبر بدقة عما قصده الأغلبية حقا وصحفا، وأن يكون كافيا -فى الدعايم التى يقوم عليها- لقبولها به.

وسمى فى ذلك يدل على الإستراتيجية التى يخطتها فى مجال إقناعهم بوجه نظره. وهو يخاطبهم جميعا وكأنه يرقص كالمقاتلين بسيفهم، كى يصل إلى نتيجة يؤيدونها دون أن تصيبه نصالهم. فلا يكون المشروع النهائى للحكم، إلا ثمرة توازن دقيق بين وجهات نظر مختلفة، تؤيدها دعايم كافية للحكم يكون مدخلها تقاضا مضنيا، أو حتى التسلومة أحيانا.

ولا كذلك للقضاة الذين يدنون آراء منفصلة -موافقة أو معارضة للأغلبية- ذلك إنهم لا يتحدثون باسم المحكمة.

(١) W.Brennan, Jr., "State Court Decisions and the Supreme Court" Pennsylvania Bar Association Quarterly, 405 (1960).

وبيّنا يفصح المعارضون للأغلبية عن رأيهم في انطلاق، فإن القاضي الذي يعبر عن وجهة نظر الأغلبية، كثيراً ما يكون حريصاً، يعطى لكل كلمة تضمنها الحكم وزنها، ناثياً بها عن احتمال تعدد تأويلاتها. فلا تكون الكلمة إلا في سياق عبارة تتصل بها. ولا تكون العبارة في مجملها إلا تعبيراً متكاملًا عن حقيقة المقصود بها.

وليس لهذا القاضي بالتالي، أن يعطى تصوراً عما ينبغي لجهة الرقابة على الدستورية أن تحذوه مستقبلاً، وإن كان ذلك هو ما ينحاه المخالفون للأغلبية، الذين يتصورون غالباً أن آرائهم تبلور الحقيقة التي نقضها الحكم الذي خلفوه، وأن جهة الرقابة على الدستورية لابد أن تعطل يومئذٍ عن خطئها السابق.

وهم إذ يعلنون مخالفتهم لرأى الأغلبية قبل أن يصدر به الحكم، فإنهم ينتقدون هذه الأغلبية في واقع الأمر.

وقد يكون جهرهم بأنهم يعارضونها، بمثابة تهديد للأغلبية يحملها على أن تصوغ حكمها في حدود ضيقة تحد بها من اتساع عباراته، أو تخفض من لهجتها ونبرتها، بما مؤدها أن توزع مسودة مشروع الحكم على القضاة في مجموعهم، ينير الطريق إلى بلورة أحد آرائهم، وإلى دعائم أوثق لحمل الحكم عليها، وإلى اختيار العبارة الأدق لضبط معانيه، وإلى التركيز على صورته الإجمالية، كي يكون أكثر إقناعاً وحصاً.

١٠٢- وفي إطار هذه المنظومة المتكاملة لعملية اتخاذ جهة الرقابة القضائية على الدستورية لقراراتها -النانجة عن قدرة على إجراء الحوار، ورغبة صادقة من القضاة في النظر في الدعائم التي يقوم عليها المشروع، وتقريبها من وجهة نظرهم، ومحاولة تعديلها قدر استطاعتهم، ليكون الحكم النهائي أكثر تعبيراً عن آراء موافقة متوازنة- لا يكون دور رئيسها جانبياً، وإنما يظهر بين زملائه كـ رئيس للجهة القضائية التي يرأسها، The Tituler Head، فهو يعد جدول القضايا التي تنظرها، ويدير مداولاتها، ويتصدر جلساتها، ويقود الحوار في النقاط التي يدور الجدل من حولها. وهو -فيما بين زملائه- الأول بين نظراء A First Among Equals، والأكثر اتصالاً بالجهة القضائية التي يرأسها باعتبارها متولياً أدق شئونها، كافلاً تكاملها في إدارة مهامها، واتخاذ ما هو هام من قراراتها، مؤثراً في اتجاهاتها. وعلى ضوء شخصيته وقوته وتميزه، يتحدد لهذه الجهة طريقها سلباً أو إيجاباً، فلا

تتطبع عليها غير صورته في عزمها ولينها؛ في تطلّاتها وتراجعها؛ في حيويّتها وخفوتها؛ في نهوضها وكبوّتها.

١٠٣- وتوازن جهة الرقابة على الدستورية بين طبيعة المسائل التي تنتظرها وتقديرها من جهة؛ وضرورة نظرها بما يجنبها بيروقراطية الفصل فيها من ناحية ثانية.

ذلك إن تقدير هذه الجهة وعلو مكانتها، مرتبط بكفائتها في إنجاز عملها؛ ويقرتها على حسم المسائل التي تعرض عليها دون تردد، خاصة ما يتطرق منها للملكية وبالحرية وبالحق في الحياة.

كذلك، فإن ما ينبغي أن تنقسم به هذه الجهة، هو أن يكون التعاون بين قضاتها بديلاً عن التناحر. فلا تجد الآراء المتضاربة طريقها إليهم. بل ينبغي أن يكون تنافسهم من أجل الحقيقة؛ وجلائهم دائراً حولها؛ وجلبهم مهنيّاً لا شخصيّاً؛ خاصة وأن كثيراً من المسائل التي يتناولونها ببحثهم تشير نقاطاً قانونية بالغة الدقة. وقد تختلط فيها السياسية بالقيم الاجتماعية والخلقية كذلك المتعلّقة بمقوِّبة الإعدام، والإجهاض، والحقوق المدنية، ومفهوم المطروح الداصر، وقواعد تطبيق شرط الحماية للقانونية المتكافئة، وصور العوان على الأفراد من خلال تعذيبهم أو إهانتهم، أو احتجازهم بدون حق.

وانتصارهم للحقيقة وحدها، يدعوهم في بعض الدلّ إلى إعلان آرائهم المخالفة -التي قد تكون أحياناً حادة في نبرتها- وتسجيلها^(١).

وتبدو أهمية هذه الآراء وضرورتها في أنها تقوم على تشرّح كامل لرأى الأغلبية، وتحليل لجوانبه المختلفة، بما يحول دون تحكم الأغلبية، ويلزمها بأن تصوغ حكمها بطريقة متعلّقة.

(١) في بعض النظم كمصر، لا يعرف أحد من الدّين الحكم، وما هي حقوِّبة الاعتراضات التي أبدّاها بعض قضات المحكمة عليه. إذ يظلّ كل ذلك مكتوماً عن الناس تزعماً بقاعدة سوية المدوّلة التي نخرج بها في مصر عن مفهومها الصحيح. ذلك أن السرية لا ينبغي أن تحول دون أن يكون للقضاة كلمتهم التي يجرون بها عن موقفهم من الحكم سواء بتأييده أو انتقاده، لأن ذلك وحده إثراء للجدل المهني وتبصير للرأى العام بأن هناك مسائل خلافية لم ينحصر أمرها بمد عند القضاة المخالفين، وأن لكل من المؤيدين والمعارضين للحكم وجهة نظر مدعومة بالحجج القانونية. وفي ذلك إثراء للبحث العلمي بديلاً عن القاعدة المعمول بها في مصر التي تدعو إلى التوكل والسلبية، وكذلك الانتهازية أحياناً، من خلال تكتل بعض القضاة لدعم اتجاه خاطئ، وهم آمنون أن أحداً لن يعرف شيئاً مما يفعلون.

كذلك فإن بعض الآراء المخالفة لها من قوتها، ومثانة حجتها، وعمق تأصيلها لنقاط التوافق والتعارض، ما يجعلها مستقبلاً جانبية لأغلبية جديدة تتحاز لها.

وهو ما يعنى أن الآراء المخالفة تؤكد استقلال القائلين بها، وأنهم لا يميلون لخبر الحقيقة التى يؤمنون بها، وأن مردها إلى تعدد المسائل التى يبحثونها، وأن من يبدونها لا يندرجون فى إطار كتلة محافظة، أو متحررة، دأخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وإنما يعبرون من خلالها عن وجهة نظر قانونية يرونها أكثر صواباً.

١٠٤- وفى مصر لا يجوز لقاضٍ فى المحكمة الدستورية العليا، أن يعلن عن موقفه من الحكم الصادر عنها فى نزاع معين، ولو كان رأيه أكثر صواباً، وحجته أكثر إقناعاً، وفهمه لواقعة النزاع وبصره بجوانبها، حديثاً.

ولما يظل رأيه مكتوماً، ودعائمه غائبة عن أن تتصل بدبها، والحقيقة التى أمن بها مطمورة فى زوايا النسيان، فلا يكون لاجتهاده من فائدة، ولا لإحاطته بأبعاد موضوع معين منتجا.

وعليه بالتالى أن ينضم إلى القضاة الذين خالفهم، وأن يوقع للحكم معهم، وكأنهم جميعاً متفقون فيما بينهم على مضمونه وأبعاده.

وحتى القاضى الذى صاغ الحكم ببده، وعبر فيه عن رأى الأغلبية بألفاظه، وبالدعائم التى ساقها باجتهاده، لا أحد يعرفه.

ومثل هذا التنظيم القائم على التترع بسريرة المدولة، تفرنه محاذير كبيرة أهمها:

أولاً: أن لكل قاضٍ شخصيته وثقافته وتوجهاته التى ينفرد بها. فإذا كان التنظيم القائم بجهل به، فإن دوره فى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وقدر إسهامه فى نشاطها، يظل خافياً.

وهو ما يناقض ما عليه العمل فى الدول المتحضرة جميعها، وفى محكمة العدل الدولية ذاتها التى تفصل فى مسائل بالغة الدقة يتعلق بعضها بحقوق السيادة التى تنتازعها الدول التى تمثل أمامها. ذلك إن القضاة لا يتفاضلون على بعضهم إلا من خلال جهودهم ممثلاً فى أحكامهم التى دونوها بأيديهم.

وبقدر ثقافتهم، وعمق وعيهم، وحدة ذكائهم، ونوع أبحاثهم للقانونية، ودرجة ثرائها، يكون لأحكامهم ولاجتهاداتهم قيمتها وأصلتها. وفي ذلك تقييم لكل قاضٍ من منظور موضوعي.

ثانياً: أن لسرية المدولة مفهوماً ينبغي أن ينحصر في المرحلة السابقة على صدور الحكم، والمتعلقة بما يثور بين القضاة من حوار وجدل حول المسائل المتنازع عليها، ومحاولتهم التوفيق بين جوانبها، ونظرهم في مشروع الحكم المقدم بشأنها، وتعديلهم بعض أجزائه ومراجعتها، حتى يظهر في الصورة التي يرضونها.

فإذا ما صدر للحكم، فلن ما نتفق عليه القضاة، وإن كان يبلور رأى الأغلبية التي يصدر الحكم عنها، إلا أن الحكم يظل متمسكاً في صياغته إلى القاضي الذي أعلنه باسمها.

أما الثقة التي تعارضه، فلن من حق كل فرد فيها أن يسجل علاته رأياً مخالفاً للأغلبية، لا ليحط من قدرها، وإنما ليدعم وجهة النظر التي يؤمن بها. فلا يزعم إلى آراء لم يقدّر بدراستها أو بحثها بصورة عرضية غير نافذة؛ أو لتحلّز فيها إلى فريق دون آخر بغیر وعى بنتائجها؛ أو إبداءها دون غرض في بحارها. وإنما يعلن رأياً موثقاً ومدعوماً، قائماً على ما يراه أكثر صواباً وأمتنّ عارضة. فلا يكون رأيه للمناقض للأغلبية إلا إثراء للحقيقة القانونية، مؤكداً استقلال شخصيته، وبقطة ضميره.

ثالثاً: أن ما نلاحظه اليوم في كل جهة قضائية، أن سرية المدولة هي الذريعة التي يتخفى وراءها بعض القضاة الذين يتسلّبون من واجباتهم، فلا يعيرونها انتقادات، فلتنحى بسنّ تكدير الحوار وتوجيه قلة من بينهم. فلا يحتلّجون إلى مباللتها عمق بصق، ولا إلى الرد على حججها بما يقابلها. وإنما يؤثرون صمتاً أو دوراً متضاملاً، بدلا من أن يكون جهدهم علماً نافعا.

رابعاً: أن من حق القضاة الذين تتناضل آراؤهم مع زملائهم في إطار من الحقائق العلمية، أن يكون موقفهم من الأغلبية واضحاً وقاطعاً.

فلن هم عارضوا وجهة نظرها، فلن تسجيلهم لأرائهم هو الضمان لبيان نواحي الخطأ والقبور في الحكم. فلا يركنون إلى كثرة جانبها الحق، ولا يقرعون لصالحها مباللة لها، ولا يعارضونها بغیر حجة ظاهرة، وإنما يحرصون على الحقيقة حتى لا تحيط بها الظلمة التي تظلمها.

خامساً: أن الذين وضعوا الدستور، صاغوه في لغة علمة تاركين للأجيال القادمة مهمة مواعاة هذه اللغة مع أوضاع تتغير بإطراد في الجماعة التي تعالونها.

وهذه اللغة العامة، هي التي تتحقق بها المرونة الكافية التي يولجها بها للقضاء صوراً من النزاع لم يكن الدستور قد توقعها، أو ما كان لها أن تثور أصلاً لولا تخلي السلطين التشريعية والتنفيذية عن واجباتهما الدستورية^(١)، مما حمل جهة الرقابة القضائية على تقرير حلول قضائية تقدم بها للترضية الملائمة لهذه الأوضاع.

ذلك أن قضاء جهة الرقابة على الدستورية، وإن كانوا غير مسئولين أمام أحد، إلا أنهم ضمير أمتهم وصوتها، فلا يكون تكلمهم على هذا النحو، إلا تطويراً للدستور بصورة تعق حياته وتزويها *A living Constitution with a Vengeance*.

ولئن صح القول بأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تزدهر بغير قضائتها الذين يفسرون اللغة العامة للدستور، وتتعد تأويلاتهم بشأنها؛ إلا أن واجبهم يلزمهم بأن يكونوا أكثر يقظة في مجال ربط نصوص الدستور ببعضها، واستخلاص ما يكون من معانيها أكثر اتقافاً مع روح العصر.

فلا تكون مناقشتهم حول معاني الدستور، وما ينبغي أن يعتبر تطويراً لأحكامه، جدلاً دائراً في غرفة مغلقة لا يتصل أحد بها. بل يتعين في مرحلة بذاتها أن تكون آرائهم معلنة وقوفاً عليها وتبصيراً بها، وإلا صار نقاشهم عقيماً لا يجاوز اللحظة الزمنية التي تم فيها، ومُجهلاً، فلا يعرفه غير القضاة الذين أداروه.

سادساً: ويزيد من دقة الأمر أن ما يعتبر مطلوباً اليوم من جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ليس موقفاً سلبياً من الدستور. بل قوة دافعة ومتفحفة لا تُضيق من حقوق الأفراد وحياتهم أو تُضييق بها، بل توسعها، ولا تنقض بصرها عن أوضاع الأقلية، بل تمد يدها إليها لحمايتهم، ولا تكفل لكل جماعة أسمى تمثيلها *Underrepresented* غير دعم يوازن بين حقوقها وواجباتها.

(١) من بين ذلك تخلي السلطة التشريعية في مصر عن تنظيم كثير من المسائل الشائكة في العلاقة بين المؤجر والمستأجر مما حمل المحكمة الدستورية العليا على التدخل فيها من خلال الحلول القضائية التي قررتها لها.

ومما يتصل بعمل جهة الرقابة على الدستورية، أن نشاطها ينبغي أن يمتد إلى مناطق غير مطروقة؛ وإلى تعميق مناطق مألوفة دروبها؛ وإلى فرض قيم نراها الجماعة ضرورية لتقريبها، أو تكون لازمة لإصلاح شأنها^(١)؛ بما يعيد التوازن في المصالح، بين قطاعاتها المختلفة.

وقد يقال بأن توفد نشاطها على هذا النحو، يعود في مضمونه ومذاهب، إلى قضية متحريين، متوثبين، يناهضون زملاء لهم متحفظين أو خاملين، إلا أن تبسيط الأمور على هذا النحو لا يفسر النهج التقدمي لجهة الرقابة القضائية، وربما عتد هذا التفسير.

والأقن أن يقال بأن نشاطها ينبغي أن يتأثر بعدد من العوامل تعود في أغلبها إلى التدخل المتزايد للسلطة حتى في أخص الشؤون؛ وإلى دخول الطبقة المتوسطة بقوتها الداعية إلى مزيد من الإصلاح في الأوضاع التي تتعامل معها؛ وإلى رحابة التعليم القانوني واتساع دائرته؛ وإلى فهم أعمق لنوع من القضايا التي تبرز فيها مصالح الجماهير العريضة Public-interest litigation؛ وإلى قوة وسائل الإعلام وضغوطها؛ وإلى رفض كل طغيان للأغلبية على الأقلية؛ وإلى ضرورة تقرير حلول كاملة تحيط بالمسائل المتنازع عليها؛ وإلى رفض أنصافها أو جوتيتها التوفيقية التي تدعو إليها السلطة السياسية؛ وإلى ترسيم كل سلطة ضوابط المعقولة في تصرفاتها؛ وإلى أن لتصلد السوق ينبغي أن يكون متوازنا وخلقيا وثائيا عن الاحتكار، وفاتما على التنافس المشروع، وغير طارد لكل مشروع صغير.

وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تدخل هذه العوامل جميعها في اعتبارها، وأن تن كل واقعة بما يناسبها، وأن تكون الحلول العادلة هي نهاية بحثها؛ فلا تعبأ في أحكامها بأثرها على المواطنين؛ ولا بقبولهم أو رفضهم لها؛ ولا بأثرها على السلطة التي قد تعارضها.

(١) ومن ذلك قيم التوازن في المصالح التي فرضتها المحكمة الدستورية العليا في أحكامها الحديثة التي أبطلت بها كثيرا من النصوص القانونية التي تنظم العلاقة بين المؤجر والمستأجر Landlord-tenant relationship [أنظر في ذلك حكمها في القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥، قاعدة رقم (١) من ١٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها].

كذلك فإن الشروط التي يقوم بها حق المرأة في إجهاض نفسها، قد تكون من بين هذه القيم، ويندرج تحتها كذلك القواعد التي تنظم حق الاقتراع العلم، وشروط الاستخدام في الوظيفة العامة، وشروط استئصال الوسائل الواقية من الحمل Birth control.

فذلك كله بعيد عن مهامها، غير متصل بحدود ولايتها، ولا بالتعليم التي يجب أن نرعاها، ولا بالصورة التي يتعين أن تكون عليها أحكامها؛ ولا بأن يكون إقدامها متوجها بضوء الحقيقة التي نتحدد على ضوءها خطاها^(١).

(١) ولذا أن نتساءل ليس ضوء الحقيقة أفضل من إظلامها. وهل يتحقق للحكم الصادر في المسائل الدستورية، دوره الإيجابي في الإطلال على الحقيقة، إذا ظل رأى المخالفين لأغلبيته محجوباً. إن بعض الذين يدافعون عن نظام سرية المداولة المعمول به في مصر، هم قضاة استسلموا للتواكل والميلية. ذلك أن إيدائهم لأراء مخالفة يلزمهم بالاجتهاد، وهم لا يحرصون عليه. أما القول بأن إعلان القضاة للمخالفين، لأرائهم، يخل بالثقة الواجبة في الحكم للقضاة، فوصم للمواطنين في مصر بالجهل، ويلهم أقل وعياً ووزناً من شعوب أخرى.

المبحث الرابع

نهائية أحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية

١٠٥- لا تصدر جهة الرقابة القضائية على الدستورية أحكامها إلا في نزاع يتصل بالمسائل الدستورية التي أثارها. ويقتدر تطوُّق أحكامها بهذا النزاع، تكون لها حجيتها ونهائيتها، التي لا شأن لها بجمعية أثر الحكم الصادر فيه، ولا بتطبيق هذا الحكم بأثر مباشر. ذلك أن ما يقصد بنهائية أحكامها، هو أن تكون مستعصية على الجدل فلا يراجعها أحد فيها، كي تكون أحكامها معبرة بصفة مطلقة وحاسمة عن الحقيقة القانونية التي دونتها.

ومن ثم ترتبط للنهائية، بنصوص بذواتها أثرتها الخصومة الدستورية، فلا يجرّد الحكم هذه النصوص من قوة نفاذها أو يبقّيها على حالها^(١)، إلا على ضوء تطبيقها أو مخالفتها للدستور، ليكون قضاءه في ذلك فصلاً.

ونلك هي السلطة النهائية التي تملكها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تفسير الدستور.

وهي بعد سلطة تتفرد بها ولا تزلحها فيها جهة غيرها، وتسقط بها كل قانون يتناقض للدستور^(٢) حتى تعليه وجهه الصحيح Son Vrai Visage، وإلى حد أن قرر القاضي Charles Evans Hughes بأن الدستور هو ما يقرر للقضاء اعتباره كذلك^(٣) ذلك أن الحكم الصادر عنهم لا يطبق إلا ببيان حكم القانون في نزاع من طبيعة دستورية معروض عليها. وهم لا يصدرّون حكمهم لإقناع غيرهم بالدعائم التي قام عليها؛ ولا في صورة مجردة تنتم بالتعميم؛ ولا على نحو يجاوز ما يكون

(١) لا يقصد بتجريد النصوص القانونية من قوة نفاذها، إلغاء هذه النصوص Repealing or abolishing a statute. وإنما تعطيلها عن العمل، فلا تنفذ في حق المخاطبين بها An inoperative or unenforceable statute.

(٢) أنظر حكم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية: Norton V. Shelby County, 118 U.S. 725 (1886).

حيث قررت المحكمة أن القانون المخالف للدستور باطل وإس يفتلون؛ فلا يخلو حقاً، ولا يقتضى التزاماً، ولا يوفر حماية، ولا يقد أحد منصباً وهو من منظور قانوني كأنه لم يصدر قط.

An unconstitutional act is not a law, it confers no rights; it imposes no duties, it affords no protection, it creates no office; it is, in legal contemplation as inoperative as though it had never passed.

(٣) C.E. Hughes, "We are under a Constitution, but the Constitution is what the Judges say it is", "The Australian Law Journal 98 (1982). See also; A Bickel, The least dangerous branch", The Supreme Court at the bar of politics 264 (1962).

ضروريا للفصل فى النزاع المطروح عليهم. ولكنهم يتقيدون بالحدود الضيقة لهذا النزاع، وبما يكون لازما للفصل فيه، ويقصد إنهائه فى كافة جوانبه بصورة عملية.

وينتقد بعض الفقهاء السلطة النهائية التى تملكها جهة الرقابة على الدستورية فى مجال تفسير الدستور. ويذهبون إلى أن مؤداها، أن تفسير تفسيراتها لأحكامه، موازية للدستور فى قيمتها ومرتبعتها Equating the Constitution with the court's interpretation.

فلا يجوز دحضها أو التكليل على خطئها، بالرغم من أن السلطتين التشريعية والتنفيذية تتناسان معها تفسير الدستور، ولهما اجتهادانها الخاصة التى قد توافق أو تتناقض قضاء جهة الرقابة على الدستورية.

فلا تكون أحكامها تعبيراً دائماً عن صحيح حكم الدستور^(١) وليس لها بالتالى أن تدعى أن كلمتها فى شأن تفسيره، نهائية، ولا رجوع فيها.

فضلا عن أن وصفها لأحكامها بالنهائية، هو تعبير عن دورها فى مجال الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر من كونه تعبيراً عن مضمون قطعى لا رجوع فيه لأولم الدستور.

كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية، كثيرا ما تعتمد فى قضائها على تقدير السلطة التشريعية ذاتها فى المسائل المعروضة عليها^(٢).

ويتعين بالتالى أن يظل تفسير الدستور مفتوحاً، وإلا ينفق طريق الاجتهاد فيه؛ وأن يتحدد معناه بأدوات مختلفة، وعبر أزمان متعددة، لا تعتبر جهة الرقابة غير إحداهما. فلا يكون فهم الدستور ولا تطويره مقصوراً عليها.

١٠٦- بيد أن أوجه النقد هذه يعيها أن السلطتين التشريعية والتنفيذية، قد تعديان على نصوص الدستور من خلال تشريعات شاملة ومعقدة، تتناول مراكز قانونية مختلفة. واجتهادهما فى مجال فهم الدستور، وإن جاز أن يكون محل تقدير جهة الرقابة على الشرعية الدستورية؛ إلا أن

(١) فالسلطة التشريعية تفرع على القانون على ضوء فهمها الخاص للدستور، والسلطة التنفيذية تباشر حقها فى الاعتراض عليه على ضوء فهمها للدستور.

(٢) Laurence H. Tribe, "American Constitutional Law", Second Edition, pp. 33-37.

الاحتماء وراء ذلك الاجتهاد بقصد الإقلاّت من الرقابة القضائية على تصرفاتهما، مسوّداً أن يتقلب عدوانهما على الدستور إلى عمل مشروع.

وهو ما يتلّى على طبيعة هذه الرقابة وأهدافها. ذلك إنها رقابة قضائية لا سياسية. وتباشرها جهة تتولى وظيفة قضائية بمعنى الكلمة؛ ولها من استقلالها وحيدتها ما يعصمها من الانحياز إلى مصالح ضيقة في مجال فهم الدستور، ورصد القيم التي يحتضنها.

ويجب بالتالي أن يكون قولها في ذلك كله نهائياً؛ قطعاً لدابر كل نزاع يثار أمامها في شأن ذات الموضوع، حتى لا يبعد طرحه من جديد، خاصة وأن هذه الجهة لا تصدر حكماً في نقاط لا شأن لها بالمسائل الدستورية المتنازع عليها^(١) In Dictum؛ ولا توجه السلطة التشريعية كذلك إلى ما ينبغي أن تكون عليه صورة القانون بما تفرده مستقبلاً من القواعد القانونية^(٢).

فلا جهة الرقابة تطي نفسها على السلطة التشريعية، ولا هي تتصحبها بما يجب عليها أن تفعل. ولكنها تباشر سلطة نهائية في مجال تفسير الدستور. وتظل قراراتها في شأن هذا التفسير قائمة ونافذة، إلى أن يعدل الدستور وفق القواعد المنصوص عليها فيه. وهي قواعد تنتم بتقليها وظولها وتبايها، لضمان أن يكون إقرار التعديل على ضوء نظرة هادئة باحثة ترزّ جوانبه بقدر كبير من الموضوعية، وتمحص أبعاده عبر فترة تمتدّ ربحاً من الزمن. فلا يكون التعديل عملاً منفصلاً لا تبصر فيه. بل تعقلاً ونظراً ثاقباً يبلور إرادة واعية تكفل أكبر قدر من التوافق في الآراء.

ولا كذلك مركز السلطة التشريعية التي تقوم بعملية صناعة القانون. ذلك أن تحديد القيم التي يحتضنها الدستور، أو بيانها لنطاق الحقوق التي يكلها، لا يجوز أن يكون منهياً لكل نزاع حولها.

وإنما الشأن في ذلك إلى جهة الرقابة على الدستورية التي تؤسس أحكامها على نصوص الدستور. لتكفل بها ترضية قضائية بالغة منتهأها An Extreme Remedy ولا يستبر الحكم الصادر بها مرادفاً للدستور، وإنما هو ممارسة من الجهة القضائية للسلطة المخولة لها بمقتضى الدستور A judicial ruling is not the Constitution, but an exercise of power under the Constitution.

^(١) Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

^(٢) عكس ذلك ما قرره جون مارشال عام ١٨٢٧ فقد فصل في قضية: Brown v. Maryland, 25 U.S. 12.

Wheat 419.449(1827) التي تعلق موضوعها ببضاعة مستوردة من دولة أجنبية. ثم قرر أن المبادئ ذاتها

تطبق على استيراد الولاية بضائع من ولاية أخرى.

ولأنها فضلا عما تقدم، تعتبر ملاذا نهائيا The last resort لمن يحتكمون إليها في إطار وظيفتها القضائية.

فلا تفصل في دستورية نصوص قانونية تستطيع توقيفها مع الدستور، ولا في دستورية نصوص تستطيع إنهاء النزاع الدائر حولها، بغير الرجوع إلى أحكامه^(١).

وهي كذلك لا تبطل أية نصوص قانونية، يكون عوار مخالفتها للدستور مجرد شبهة لا مساق لها. ولكنها تنصل في مسائل متنازع عليها من خلال الخصومة القضائية، وتصدر حكمها فيها وفق الدستور والقانون^(٢).

هذا إلى أن السلطة النهائية لجهة الرقابة على الدستورية في مجال تفسير الدستور، تلزمها بأن تقوم أحكامها على دعائم تحيطها قوة الإقناع. وإلا صار سهلا اتهامها بأنها تشترع لنفسها، لتفرض على الآخرين خياراتها وأولوياتها السياسية أو الأيديولوجية، بما يقيها سلطة فوق الدستور، تعدل من قواعده يوما بعد يوم، وكأنها تعيد كتابتها من خلال قيم تصطنعها وتقرضها. وهو ما لا يستقيم.

ذلك أن نصوص الدستور وحدها -بدلالاتها الصريحة أو الضمنية- هي ركيزتها في إبطال النصوص للقانونية المطعون عليها. وليس لها بالتالي سلطة إشرافية تدعيها لنفسها لتكمل بها أو تصحح ما تراه من نصوص الدستور قاصرا أو معييا. وإلا كان ذلك خروجاً منها على الحدود المنطقية لتفسيره Noninterpretivism^(٣).

ذلك إن إبطالها قانونا لمخالفته الدستور، يلزمها بأن تنزل على إرادة الجهة الأعلى التي خولتها هذا الاختصاص. ولا يعدو تحريفها لإرادتها، أن يكون انقلابا عليها بما يفقد جهة الرقابة ذاتها، سند وجودها، ويمطيطها مركزاً تنفوق به على السلطين التشريعية والتنفيذية.

(١) Wagner v. Salt Lake City, 29 Utah 2d 42, 49,504,P.2d 1007,1012 (1972) ; Hoyle v.Mousou, 606 P.2d 240 (Utah, 1980).

(٢) Gerald Gunther, constitutional law, eleventh edition, 1985, P. 24.

(٣) ينزلق قضاء جهة الرقابة على الدستورية في أحيان كثيرة، إلى إصدار أحكام مطولة يوجهون فيها نصائح إلى المجتمع القانوني في الوقت الذي تعارض فيه هذه الجهة إصدار آراء استشارية في المسائل التي يطلب منها النصيحة فيها 69.P, volume two, 1969, Modern Constitutional law, eau.

وتظل جهة الرقابة القضائية -على حدود ولايتها- هي المفسر النهائي للدستور. The ultimate interpreter of the constitution بما يقطع كل نزاع في شأن سلطتها في تحديد نطاق قانون الدستور The exposition of the law of the constitution. وأحكامها في ذلك نهائية لا يرجعها أحد فيها^(١).

١٠٧- وقد أثير موضوع نهائية الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا على ضوء تطبيقها للفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها التي تنص بأن أحكامها الصادرة في الدعاوى الدستورية، تقيد الدولة والناس جميعهم.

ذلك أن الفقرة الأولى المشار إليها وإن لطلق المشرع حكمها ولم يقيد؛ وعم سربرائها بلا تخصيص على كافة الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية، سواء في ذلك التي تتعلق بإبطال النصوص القانونية المطعون عليها، أو بتقرير صحتها، أو بغير ذلك من المسائل الدستورية التي يكون الفصل فيها مفترضا أوليا، للخوض في دستورية النصوص المطعون عليها. كالفصل فيما إذا كان القانون المطعون عليه، قد زال وجوده بأثر رجعي من تاريخ صدوره؛ أم أن هذا القانون لا زال قائما صحيحا وفق الدستور؛ إلا أن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، كن لها رأى آخر في شأن نص الفقرة الأولى من المادة ٤٩ المشار إليها، أيدته في الطعن المقيد في جدولها برقم ١١٨٣٨ سنة ٦٠ قضائية^(٢)، وموداه أن الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية، مناطها أن يكون الحكم منتهيا إلى دستورية أو عدم دستورية النص المطعون فيه وذلك تأسيساً منها على أن:

>>>للخصومة الدستورية عينية بطبيعتها؛ وأن قوامها مقابلة للنصوص المدعى مخالفتها للدستور بالقيود التي فرضها لضمان النزول عليها. فلا تلتزم أية جهة قضائية بالحكم الصادر في هذه الخصومة، إلا إذا كان فاصلا في موضوعها، سواء بتقريره اتفاق النصوص المطعون عليها أو مخالفتها للدستور شكلا وموضوعا>>>.

>>>خذاً كان قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية المرفوعة إليها، منتهيا إلى عدم قبولها؛ وكان الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية؛ وكان إبطالها لا

(١) Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1. (1958).

(٢) انظر حكمها في هذا الطعن الصادر بجلستها المعقودة في ١٣ من أبريل ١٩٩٧.

يقع إلا بقضاء من المحكمة الدستورية العليا؛ وكانت النصوص التي لا تبطلها لا يجوز وقفها؛ وكان تفسير المحكمة الدستورية العليا للنصوص القانونية لا يصادر حق أية جهة قضائية في تفسير القوانين وإزالة تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها، ما دام لم يصدر بشأن النص المطروح عليها بتفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا طبقاً للأوضاع المقررة في قانونها بشأن طلب التفسير التشريعي؛ وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" لا يتعلق بعدم دستورية النص المطعون عليه فيها، ولا بصحة هذا النص، بل كان قضاء بعدم قبول الدعوى الدستورية ذاتها، فإن تقريراتها هذه، ولو كان منطوق حكمها مرتبطاً بها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، لا يكون لها تلك الحجية الملزمة التي عندها الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانونها>>.

... تلك هي الدعاوى التي قام عليها قضاء هذه الهيئة في شأن عدم التزامها بكل حكم يصدر عن المحكمة الدستورية العليا لا يتعلق بصحة النصوص القانونية المطعون عليها أو ببطلانها، فالإى أى حد كان حكمها صحيحاً وفقاً للدستور والقانون...؟

١٠٨- ويلاحظ أن قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية، كان تعقياً منها على الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية المعقدة بجدولها رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"^(١) والتي نتلخص وقائعها في أن المدعى في الدعوى الدستورية كان قد تقاضى من المستأجر - في شأن وحدة يشغلها في مبنى أُنشئ عام ١٩٨٨- مقدم أجره تزيد على سنتين، مخالفاً بذلك أحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، الذي فرض عقوبة جنائية على تقاضى مثل المقدم. وهذه العقوبة هي التي قررت المحكمة الدستورية في شأنها أنها لم تعد قائمة

(١) طلب المدعى في هذه الدعوى الحكم بعدم دستورية المادتين ٢٦ و ٧٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فضلاً عن المادتين ٦ و ٢٣ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وكلفت المادتان المطعون عليهما في القانون الأول، قد حظرتا على المؤجر أن يتقاضى مقدم إيجار تحت أية صورة من الصور، وإلا عوقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة تعادل مئتي المبالغ التي تقاضاها. أما المادتان المطعون عليهما في القانون الثاني الذي نص على سريان أحكامه في شأن ملك المبنى المنشأ اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون، فقد أجازتا تقاضى المؤجر مقدم إيجار لا يزيد على أجره سنتين، فإذا حصل على أكثر منه، عوقب بالجزاء الجنائي المنصوص عليه في المادة ٧٧ من القانون الأول.

بقانون لاحق- هو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦- الذى أعاد العلاقات الإجارية جميعها لحكم القانون المبنى- وذلك إصلاً من جهتها لهذا القانون باعتباره الأصلح للمتهم.

ومن ثم قضت المحكمة بعدم قبول الخصومة الدستورية لانتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على دستورية جريمة تقاضى مقدم أجره لأكثر من سنتين، وهى الجريمة التى كان القانون السابق- رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١- قد نص عليها، ثم محاها بمحذد القانون اللاحق عليه- وهو القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦.

١٠٩- وقد قام قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول الدعوى الدستورية، على دعائم ترتبط منطوقها بها وحاصلها:

أولاً: أن الأصل فى القانون الجنائى ألا يطبق على أفعال أتاها جنايتها قبل نفاذه، بل يتعين أن يكون هذا القانون سابقاً عليها. *La loi préalable* وإلا كان رجعياً.

ثانياً: أن سريان القوانين الجنائية على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان محظوراً، إلا أن هذه القاعدة غير مطلقة.

ذلك أن الحرية الشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائى الأسوأ؛ إلا أن هذا القانون يصونها كلما كان أكثر رفقا بالمتهم، سواء بإنهائه تجريم الأفعال التى كان القانون الجنائى السابق قد أثنىها، أو بتعديله بنىان العناصر التى تقوم عليها، بما يقتل من وطأة العقوبة المقررة للجريمة فى مجال تطبيقها بالنسبة إلى متهم تعلق لقانونان السابق واللاحق، بمركزه فى مواجهة سلطة الاتهام.

ثالثاً: أن مشروعية العقوبة التى يفرضها المشرع كجزاء على الجريمة، ترتبط بضرورتها من جهة، وبامتناع رجعية أثرها من جهة أخرى كلما كان مضمونها أكثر قسوة.

ويتعين بالتالى كلما صدر قانون جديد يعيد الأوضاع إلى حالها قبل التجريم، أن تُرد لأصحابها تلك الحرية التى كان القانون القديم ينال منها، وأن يرد هذا القانون على عقبيه، إعلاء للقيم التى انحاز إليها القانون الجديد، وعلى تقدير أن صونها لا يخل بالنظام العام، بل يوافقه بما يحول دون انفراط عقده، بعد أن صار هذا القانون أكثر لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحياتهم.

رابعاً: أن القوانين الجزائية التي تقارنها ببعض تحديدًا لأصلها للمتهم، تُستعرض <<تناقشها جميعاً مع المستور>>؛ <<وترجمها على محل واحد>>؛ <<وتقاوتها فيما بينها في عقوباتها>>، فلا يرجح من صور الجزاء التي تعتمد على الملل الولد، غير تلك التي تكون في محتوئها، أو لوصفها، أو مبلغها، أو المشرع انتقل بحق للمؤجر في نقاضى مقدم الأجرة، من الحظر الكامل، إلى الحظر المنقوص، إلى إطلاق هذا الحق.

خامساً: أن المشرع انتقل بحق للمؤجر في نقاضى مقدم الأجرة، من الحظر الكامل، إلى الحظر المنقوص، إلى إطلاق هذا الحق.

ويبدو هذا التدرج من مقارنة أحكام القوانين ٤٩ سنة ١٩٧٧ و ١٦٣ سنة ١٩٨١ و ٤٠ سنة ١٩٦٦ ببعضها.

فقد حظر أولها على المؤجر نقاضى مقدم إيجار، أي كان قدره أو الصورة التي يتخذها، وخول ثانيها المؤجر الحق في أن يقاضى مقدم إيجار يزيد على أجرة سنتين. وأطلق ثالثها، حرية التعاقد في شأن الأملكن التي لم يسبق تأجيرها، وكذلك تلك التي صارت عقود تأجيرها منتهية قبل العمل بهذا القانون أو التي تنتهي بعده، دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها.

سادساً: أن القيود التي فرضها المشرع على نقاضى المؤجر مقدم الأجرة، مع تقاوتها في درجتها على النحو المتقدم ثم التطل منها، أساسها للضرورة التي عاصرتها.

وبقدر حدثها، ثم تراخيها، ثم زوالها، أقر المشرع ما يلائمها من النصوص القانونية. فذلك إن الأصل في عقود القانون الخاص هو تكافؤ مصالح أطرافها بشأنها، فلا يميل ميزانها في اتجاه مناقض لطبيعتها، إلا بقدر الضرورة التي يتعين حال تخلفها، أن تخلي مكانها لحرية التعاقد.

سابعاً: أن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، لاحق على القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١. وقد أعاد القانون اللاحق من جديد تنظيم موضوع نقاضى مقدم الأجرة في شأن الأملكن التي حدثتها مادته الأولى، مقرراً سريان قواعد القانون المدني في شأن تأجيرها واستغلالها، وملغياً كل قاعدة على خلافها، مؤكداً بذلك استئثار أصحابها بها، لتخرج هذه الأملكن بذلك من نطاق التدابير الاستثنائية التي درج للمشرع على فرضها في مجال العلاقات الإيجارية.

فلا يكون تأجيرها إلا وفق الشروط التي تنطبق بشأنها إرادة مؤجرها مع من يتقدمون لطلبها، ولو كان من بينها نقاضى مؤجر مقدم إيجار عن مدة لا كان رمداً

وهو ما يعنى أن الضرورة الاجتماعية التى تطلق منها الجزاء المقر بالقانون للتقديم، قد أسقطتها فلسفة جديدة تبنتها لجماعة فى واحد من أطوار تقدمها، قولها حرية التعاقد.

فلا يكون الجزاء الجنائى قد لابس للقيود التى فرضها القانون للتقديم على هذه الحرية - إلا منهدما بعد العمل بالقانون الجديد.

١١٠- تلك هى الدعائم التى قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤٨ سنة ١٧ قضائية، وموداما أن الواقعة محل الاتهام الجنائى لم تعد معاقبا عليها، ولم يمد متصورا بالتالى أن تمنى هذه المحكمة فى نظر الدعوى الدستورية المطروحة عليها، ومن ثم كان قضاؤها بعدم قبولها، بعد أن غرض المشرع بصره عن التدابير الاستثنائية للعلاق الإيجابية التى انبثى للتعريم عليها، وخرج من صلبها.

وهى دعائم لا ينقضها الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، إذ هو مردود أولاً بأنه وإن صح القول بأن الخصومة الدستورية فى تطبيقاتها الأعم، هى التى يكون الحكم الصادر فيها منتهيا إلى تقرير صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها؛ إلا أن آفاق هذه الخصومة تتسع لكل المسائل الدستورية التى تطرحها، وعلى الأخص ما تعلق منها بوجود النصوص القانونية المطعون عليها أو زوالها بأثر رجعى كلما كان الخوض فيها مقترضا أوليا للفصل فى دستورية النصوص المطعون عليها^(١).

ومردود ثانياً: بأن حكم الفقرة الأولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التسمى تبصير الحجة المطلقة على أحكامها، جاء عاما منصرفا إلى كل قضاء قطعى يصدر عنها فى الخصومة الدستورية فصلا فى مسائل دستورية بطبيعتها. ذلك أن الحجة المطلقة لأحكامها القطعية فى المسائل الدستورية، لا تخصيص فيها ولا تقييد^(٢).

(١) فلحكم الصادر بقتناء الخصومة فى الدعوى الدستورية لسبق الفصل فيها، يحول دون تقرير بطلان جديد إذا كان الحكم السابق صادرا ببطلان النصوص ذاتها المطعون عليها، فإن كان مؤكدا صحتها، استصحبها الحكم بانهاء الخصومة، وأبقاها على حالتها.

(٢) أنظر فى ذلك قضاء محكمة النقض الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية المولفة برئاسة المستشار أحمد محمود مكى فى الطعن المقيد بجداول المحكمة برقم ١٠٤٢ لسنة ٦٣ قضائية، والطعن رقم ٢٦١٣ لسنة ٦٧ قضائية، والطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٦٤ قضائية. وجميعها صادرة بجلسة ١٦ نوفمبر ١٩٨٨.

ومردود ثالثاً: بأن مفهوم القانون الأصلح للمتهم، مؤداه أن قانونين قد تعلقا بالأفعال ذاتها التي جرمها القانون الأول، ومعالجتها بالتالي على محل واحد، وإن كان القانون اللاحق قد محا العقوبة التي فرضها القانون السابق أو خففها.

كذلك فإن مفهوم القانون الأصلح مؤداه أن القانونيين السابق واللاحق موافقين للدستور؛ وأن فرض العقوبة التي نص عليها القانون القديم بعد صدور قانون جديد يلغيها أو يخففها، لم يعد مبرراً بعد زوال الضرورة الاجتماعية التي اقتضتها؛ وأن موازين العقوبة ومقاييسها من جهة ضرورتها وضوابط حسونتها أو اعتدالها، من المسائل الدستورية بطبيعتها، صونا للحرية الشخصية التي يخل بها إيقاع جزاء أسوأ وقعا على المتهم في شأن أفعال أتاها قبل تقريره؛ ويصونها جزاء أقل سوءاً، بما يحتم سريان القانون للجديد على الجريمة التي أتاها للمتهم قبل للعمل به.

ومردود رابعاً: بأن الفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، يفترض وجود هذه النصوص قانوناً. فإذا كان المشرع قد أزالها بأثر رجعي، فإن الحكم بمسقطها، يكون فصلاً في مسائل دستورية باعتبار أن التجريم قيد على الحرية الشخصية التي كفل الدستور صونها^(١).

(١) أنظر في نقد قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، مقالة هامة نشرها الأستاذ المستشار عزت حنورة نائب رئيس محكمة النقض الأسبق في العدد () من مجلة نادى القضاء، والتي يقول فيها أنه كان لزاماً على المحكمة الدستورية العليا أن تبحث ما إذا كانت المصلحة التي توخاها المدعي في الدعوى الدستورية التي رفعها لا تزال قائمة بعد سريان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، ولا يتحقق ذلك إلا ببحثها أثر هذا القانون على المواد المطعون عليها.

ومن ثم كان هذا البحث مسألة جوهرية لتقرير توافر المصلحة أو انتفاءها. وقد قطعت المحكمة بأن هذا القانون أصلح للمتهم بعد أن لم تعد الواقعة محل الاتهام الجنائي معالجتها عليها، ولابنى حكمها هذا على التطبيق المباشر لتواعد دستورية، وأنه بذلك يكون ملازماً لجهت القضاء جميعها.

ويقول سيادته أن قانون المحكمة واضح وصريح في إطلاق القوة الملزمة لمصوم الأحكام القطعية الموضوعية التي تصدرها متى كان حكمها صادراً في دعوى دستورية. ولا يجوز مع هذا الإطلاق والتعميم تنقيح النص أو تخصيصه إذ لا يجوز الخروج على النص الواضح أو تلويحه بدعوى تفسيره على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ذاتها التي اطرد قضاؤها كذلك على أنه متى كتبت التقريرات القانونية التي تضمنتها أسباب الحكم مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمنطوقه، ودخلت في بناء الحكم وتأسيسه، ولزامة للنتيجة التي انتهى إليها، فإنها تشكل مع منطوقه وحدة لا تقبل التجزئة. وأنظر كذلك في نقد قضاء الهيئة العامة للمواد الجنائية، د. فتحى سرور في ص ٣٢٣ - ٣٢٩ من طبعة ٢٠٠٠ من مؤلفه الحماية الدستورية للحقوق والحريات.

ومردود خامساً: بأنه كلما كان منطوق الحكم الصادر في الخصومة الدستورية، منتهياً إلى عدم قبولها بناء على تقريراته القانونية الفاصلة في مسائل دستورية بمعنى الكلمة، فإن هذا الحكم يقيد كل جهة قضائية، فضلاً عن الكافة.

ومردود سادساً: بأن ثمة قاعدتين تجريان معاً وتتكاملان: أولاهما: أن مجال سريان القانون الجنائي ينحصر أصلاً في الأفعال اللاحقة لنفاذه، وثانيتهما: سريان القانون الجنائي اللاحق على وقائع كان يؤتمرها قانون جنائي سابق، كلما كان القانون الجديد أكثر يسراً.

وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه، أن ثانيتهما فرع من أولاهما، ونتيجة حتمية لها. وكلاهما معاً تعتبران امتداد لازماً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، ولهما معاً القيمة الدستورية ذاتها^(١).

١١- وبالرغم من بدهية هذا المنطق، إلا أن محكمة لادنض أصدرت حكماً آخر^(٢) تقرر فيه ما يناقض الأصول المبدئية لعلم القانون، وتكون في أسبابه ألفاظاً لم تجر بها اللغة القضائية، وكأنها تخوض حرباً ضد المحكمة الدستورية العليا في مسائل تتصل من مبدئها إلى منتهاها بحق المواطنين وحرياتهم.

فقد جاء بهذا الحكم قولها بأنها وحدها الجهة المعنية بتطبيق القانون الأصلح للمتهم، وإن مفهوم هذا القانون يتحقق، ولو في غير مسلسل بالحرية الشخصية؛ بل ولو كان القانون السابق أو اللاحق، أحدهما أو كلاهما مخالفين للدستور.

ووجه الغرابة في هذا الحكم، إن مخالفة للنص العقابي القديم للدستور، مؤداه بطلان النص العقابي، فلا يتعلق به قانون لاحق أوامر للمتهم.

فإن كان النص اللاحق هو الذي ناقض الدستور، لنعم أثر هذا النص في محو العقوبة التي فرضها القانون القديم أو في تخفيفها.

(١) دستورية عليا - في القضية رقم ٤٨ جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - الجريدة الرسمية - العدد ١٠ في ٦ مارس ١٩٩٧، والقضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - الجريدة الرسمية - الممدد ١٣ في ١٩٧٧/٣/١٧.

(٢) أنظر ما قرره محكمة لادنض برئاسة المستشار فتحى خليفة في الطعن المقيد بجنول المحكمة برقم ٦٨٢٦ لسنة ٦١ قضائية.

بما مؤداه أن القانون اللاحق يستحيل أن يكون أصح من القانون السابق، إلا إذا كانا معا موافقين للدستور، وتعامدا على العقوبة ذاتها، وبما يجعل القانون اللاحق أصون للحرية الشخصية للمتهم. ذلك أن الحرية الشخصية التي كفلها نص المادة ٤١ من الدستور، يحميها القانون الأصح إذا أزال صفة التجريم عن الأفعال التي أنمها قانون سابق، أو جعل عقوبتها أخف.

فإذا لم يكن لقانون لاحق من شأن بالحرية الشخصية، فلن النظر إليه فسي موازين العقوبة لتقييمها، ولتحديد أخفها وأصلحها للمتهم بالتالي، يكون لغوا.

١١٢- ولإعادته للنيل العامة سريد صدور حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية المشار إليه- اتهام المدعى في الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، فقد لاقم منازعة تنفيذ أمام المحكمة الدستورية العليا، وأسبها على أن الحكم الصادر عن الهيئة العامة للمواد الجنائية، يعوق تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية المشار إليها. وقد قضت هذه المحكمة في منازعة التنفيذ المرفوعة إليها- والمقعدة بجدولها برقم ١ لسنة ١٩ قضائية- بالاستمرار في تنفيذ حكمها الصادر في ١٩٩٧/٢/٢٢ في الخصومة الدستورية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية، وذلك فيما فصل فيه من اعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦ قانوناً أصح للمتهم مع ما يترتب على ذلك من آثار، تأسيساً على أن الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية، تتناول تلك التي تصدر ببطلان أو بصفة النصوص القانونية المطعون عليها؛ وكذلك تلك التي تصدر بعدم قبول الخصومة الدستورية فصلاً في مسائل دستورية^(١).

(١) لل قضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية "منازعة تنفيذ" - جلسة ١٩٩٨/١٠/٣ - قاعدة رقم ٢ - ص ٢٦٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

الفصل السادس

الرقابة القضائية على الدستورية: وسائلها الفنية

١١٣- وإذا كان لجهة الرقابة على الدستورية، أن تنظر إلى الدستور باعتباره وثيقة نابضة بالحياة لا يرتبط تطبيقها بالضرورة، بالأوضاع التي قام عليها عند صدوره؛ وكان ذلك يدخلها أن تنصر الدستور على ضوء نظرة متطورة لا تتحكم فيها غير المفاهيم المعاصرة، إلا أن هذه السلطة - وهي بعيدة في مداها- ينبغي موازنتها ببعض القيود التي تقتضيها هذه الجهة من نفسها كضوابط ذاتية على نشاطها؛ وتتطلبها خصائص وظيفتها القضائية.

أولاً: القاعدة الكلية للرقابة القضائية على الدستورية

١١٤- وهذه القيود الذاتية التي تفرضها المحكمة بنفسها على أحكامها، مردها إلى قاعدة كلية تحملها على ألا تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

بيد أن تقاديرها الفصل في هذه المسائل قد يتخذ شكل تأجيلها^(١)، وإن كان هذا التأجيل ليس مرغوباً فيه أصلاً، خاصة في مجال حقوق الأفراد وحررياتهم التي لا يجوز أن تظل النصوص القانونية التي تخل بها، في مأمن من تدخل جهة الرقابة القضائية على الدستورية لتقرير صحتها أو بطلانها، رغم خطورة الآثار المترتبة على تطبيقها، وبوجه خاص كلما استطل زمن سريانها؛ وكانت المطاعن الموجهة إليها غير ظاهرة تهلويتها Patently frivolous، وإنما تساندها دلائل رجحان صحتها.

وامتناع جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها أو تحاشيها، يفيد بحكم الاقتضاء العقلي، ألا تفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، ما لم يكن ذلك ضرورياً بصفة مطلقة Absolutely necessary.

وهذه الضرورة المتناهية في شدتها، هي التي توازن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بضوابط الاعتدال.

(١) كان قد طرح في عام ١٩٤٣ - أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية- طعن بعدم دستورية القانون الذي حظر استعمال الأزواج للوسائل الوقائية من الحمل ومنع تقديم أية مشورة طبية بشأنها، ولم تفصل المحكمة في هذا النزاع -ومن خلال تأجيله- إلا في عام ١٩٦٥، أي بعد أكثر من اثنين وعشرين عاماً.
Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

فلا تفصل الجهة التي تبأشر هذه الرقابة فى خصومة دستورية قبل أوانها Premature questions ولا تنتظر فى المسائل الدستورية التى تثيرها هذه الخصومة إذا صار الفصل فيها غير منتج Moot cases^(١).

وهو ما يعنى أن الفصل فى المسائل الدستورية لا يجوز أن يتقدم موجباته، ولا أن يتأخر عنها. ويظل التقيد بالضرورة فى درجاتها الأكثر حدًا، قيداً على الخصومة الدستورية، وذلك بالنظر إلى الآثار التى يرتبها الحكم الصادر فيها على المركز للقانونية القائمة، وإحداثه اضطراباً فى صور من التعامل دخل أطرافها فيها، ورتبوا أوضاعهم على مقتضى النصوص القانونية النافذة عند إقرارها.

وصار صواباً بالتالى تأكيد أن جهة الرقابة على الدستورية، لا يجوز أن تفصل فى مسائل دستورية قبل توافر الضرورة التى تلجئها للخوض فيها، ولتى لا يستقيم معها أن يكون الحكم الصادر فى المسائل الدستورية المطروحة عليها، محمولاً على قاعدة دستورية تجاوز بنطاقها نطاق الواقعة التى بلى الحكم عليها.

وليس لهذه الجهة كذلك أن تفصل فى دستورية نصوص قانونية أفاد الطاعن من مزايها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وكذلك إذا كان للنزاع حول هذه النصوص قد أفرغ فى شكل خصومة وهمية، أو تصورية، أو ودية لا تبلور فى حقيقتها تنازع مصالح أطرافها بصورة حقيقية وحادة.

ثانياً: فروع هذه القاعدة الكلية

١١٥- وبترفع عن القاعدة التى تلتزمها جهة الرقابة على الدستورية، والنسب تتحاشى بسها الفصل فى المسائل الدستورية قدر استطاعتها، قاعدتان أخريتان، لا تتفصلان عنها، بل تتكاملان معها:

(١) يكون الفصل فى الخصومة عتياً أو غير منتج إذا طرأ بعد رفعها تغيير فى وقائعها أو فى القانون الذى يحكمها. فلا تظهر المدعى فى هذه الخصومة -بسبب هذا التغيير- فائدة من الاستمرار فيها. وهو ما يعنى أن شرط المصلحة يتعين أن يكون قائماً فى الخصومة الدستورية فى كافة مراحلها

Linef v. Jafco, Inc, 375 U.S. 301 (1964)

ولا كذلك الخصومة التى ترفع قبل أولائها. ذلك أن الأصل فى الخصومة أن تتكامل عناصرها، وأن تكون خصومة حقيقية يجوز الفصل فيها قضاء. فإذا لم تتطور الخصومة على هذا النحو، تعين الحكم بعدم قبولها أرفعها قبل الأولان. ومن ذلك أن نظام الخصومة الدستورية بناء على احتمال تشكل السلطة فى حق أو حرية كلها للدستور.

United public Workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947).

أولاهما: ألا تفصل جهة الرقابة القضائية، في دستورية نصوص قانونية، يكون بوسعها أن توفقها مع الدستور. بما مؤداه أنه كلما احتمل النص القانوني المطعون عليه تفسيران: أحدهما مخالفاً للدستور، وثانيهما يقيم ذلك النص وفق أحكامه، فإن للتفسير الثاني يكون هو الأخرى بالأبواب^(١).

ثانيتهما: لا يجوز للجهة القضائية أن تتماذد في حكمها في المسائل الدستورية المطروحة عليها، إلى نص في الدستور، كلما كان بوسعها حمل قضائها في هذه المسائل، على أسس لا شأن للدستور بها Nonconstitutional grounds.

ثالثاً: لفترض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور

١١٦- وفضلاً عما تقدم، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية كثيراً ما تولي احترامها في مجال فصلها في دستورية القوانين- للسلطة التشريعية من خلال موافقتها على اجتهاداتها وخياراتها، تأسيساً على أن هذه السلطة أكثر اتصالاً بأمال مواطنيها، وتعبيراً عن احتياجاتهم وأولوياتهم، وأدنى نفذاً إلى الحقائق التي تلهمها تشريعاتها، وأعمق خبرة بعديد من المسائل التي تتصل ببعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية.

بما يجعل تقدير السلطة التشريعية في شئون شتى، محل اعتبار جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تنبر عن موقفها من السلطة التشريعية تارة بتقييدها نظرية الأعمال السياسية، وطوراً باعتناقها لافتراض مؤداه أن الأصل في النصوص القانونية، هو معقوليتها ومطابقتها للدستور^(٢). ومع ملاحظة أن إيلاء الاعتبار لتقدير السلطة التشريعية أو اجتهاداتها، وإن تحقق في مجال الشئون الخارجية للدولة أكثر من شئونها الداخلية، إلا أن عدوان السلطة التشريعية على السلطة القضائية أو تدخلها في وظائفها، يجعل بالفصل في دستورية النصوص القانونية التي أقرتها، ولا يرجئها.

(١) Neese v. Southern R. Co. 350 U.S. 77 (1955).

أنظر كذلك:

Farm Products v. Baldwin, U.S., 194 (1934). See also, "The presumption of constitutionality". 31 Col. Law Review (1931), p. 1136.

(٢) يقال بأنه في الدول الفيدرالية التي تتوزع سلطة التشريع فيها بين الكونجرس، والمجالس التشريعية في ولاياتها، فإن إيلاء الاعتبار لاجتهاد الكونجرس يكون أكبر، وإن دلت التجربة العملية على أن المجالس التشريعية للولايات - على صعيد القوانين التي تفرها كل منها في نطاقها الإقليمي - تكون أقل خطأ في تشريعها من الكونجرس.

كذلك، فإن ما توليه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من تقدير لاجتهاد وتقييم السلطة التشريعية للنصوص التي أقرتها Value Judgment، مردّه أن هذه الجهة لا تعتبر مشرعا أعلى بوزن هذه النصوص على ضوء حكمها أو بواعثها، وعلى الأخص في مناطق يتعذر عليها أن تحيط علما بها، كتتظيم السلطة التشريعية مسائل اقتصادية بطبيعتها توازن في نطاقها بين بدائل متعددة تتزاحم على تقدير الحلول الأفضل لها.

ولا كذلك إنكار السلطة التشريعية حقوق الأفراد وحرياتهم، أو تقييدها لها بصورة عدوانية. وعلى الأخص ما تعلق منها بضمان تبادل الآراء والأفكار في إطار من القيم التي لا يجوز إجهاضها، والتي تظل بها العقول مفتوحة على كل جديد، متقبلة ما يؤيده من المفاهيم وما تدرّبه، فلا يكون مجتمعها مطلقاً. بل ثريا بصور من الحوار تتعدد أشكالها، وتتسم برحابة أفقها، واتساع دوائرها.

ولا يجوز بالتالي أن تفرض دستورية النصوص التي تخل بهذه الحقوق، بل تعامل بافتراض خروجها على الدستور^(١).

بما مؤداه أن الافتراض توافق النصوص المطعون عليها مع الدستور، ترجحه إمكانية التفضيلية التي تمثلها حقوق الأفراد وحرياتهم في للنظم القانونية جميعها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي، أن ترن المسائل التي تطرح عليها بمقاييس منطقية.

فما كان منها ولقما في إطار اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة الشؤون الخارجية، يظل بعيداً عنها. وما كان منها متضمنا عنوانا على حق أو حرية كفلها الدستور، تأخذه بحزمها.

وما كان من أعمال السلطة التشريعية أدخل إلى ملامتها، كإحيازها إلى مفاهيم اقتصادية تتعلق بحرية السوق أو بالضريبة الموحدة، أو بشروط استثمار الأموال الأجنبية فيها، ونوع وقدر المزايا التي تمنحها لها، فإن عليها أن تمتنع عن تقييمها من جديد.

على أن لو تكن جهة الرقابة على الدستورية لتقدير السلطة التشريعية في المسائل التي تنظمها، لا يجوز أن يدل على تخليها عن ولايتها.

(١) Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945).

بل يتعين أن يكون تقييدها لتقدير السلطة التشريعية منطقياً وملائماً، وعلى الأخص في مواجهة المسائل التي تنظمها السلطة التشريعية، والتي لا يكون للدستور قول فيها، بما يجعلها واقعة في نطاق سلطتها التقديرية التي يحكمها أصل موداء إطلائها من القيود عليها، بشرط أن ترتبط بالنصوص التي نقرأها -عقلاً- بأهدافها.

كذلك فإن افتراض تطبيق النصوص المطعون عليها مع الدستور، لا يجوز أن يعمل في مواجهة صور التمييز التي تفرضها السلطة التشريعية بصورة تحكيمية متوخية بها تفضيل بعض المراكز القانونية على بعض -كالتمييز بناء على اللون أو العقيدة أو الأصل الاجتماعي أو العرق Ancestry- رغم تماثلها جميعها في العناصر التي تكونها. بل ينبغي أن ينظر إلى كل إخلال بشرط الحماية القانونية المتكافئة، باعتباره مخالفاً للدستور^(١).

رابعاً: فصل نصوص القانون الواحد عن بعضها

The Severability or seperability clause

١١٧- الأصل في نصوص كل قانون، هو تكاملها. فإذا حكم ببطالان بعضها، فهل يجوز تطبيق باقيها الصحيح، أم تسقط النصوص الصحيحة تبعاً لإبطال غيرها من النصوص التي احتواها القانون.

تلك هي قاعدة فصل أجزاء القانون عن بعضها. وهي قاعدة حاصلها أن يبطال الجهة القضائية لأجزاء من قانون، لا يمنعها من فصل باقيها عنها وتطبيقها استقلالاً عن الأجزاء الباطلة من القانون، إذا كان هذا الفصل يتفق وإرادة المشرع، وكان بقاء الأجزاء الصحيحة منظوراً إليها وحدها Staining alone - كقللاً تحقيق آثارها القانونية^(٢).

وبتعبير آخر، فإن قاعدة فصل نصوص القانون التي أبطلتها جهة الرقابة على الدستورية، عن تلك التي تظل باقية من أجزائه، تفرض لتطبيقها ألا يكون المشرع قد نظر إلى نصوص القانون في مجموعها باعتبار أن وحدة عضوية تضمها بحيث تتبادل أجزاء القانون الاعتماد على بعضها

(١) Oyama v. California, 332 U.S. 633 (1948). See Also, Antieau, Op. Cit, P. 694; Torcaso v. Watkins, 367 U.S. 488 (1961).

(٢) Chaplinsky V. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

Stern. "Separability and Severability clauses in the Supreme Court", 51 Harvard Law Review (1937) P. 76.

البعض Mutually dependent upon one another، ويشترط أن يكون بالإمكان بعد إبطال أجزاء القانون المخالفة للمستور، إعمال باقيها الصحيح كقانون.

Unless it is evident that the legislature would not have enacted these provisions which are within its power independent of that which is not, the invalid part would be dropped if what is left is fully operative as a law^(١).

بما مؤداه أن موضوع فصل نصوص القانون عن بعضها، يعود دائماً إلى إرادة المشرع التى يتحدد على ضوئها، ما إذا كان يريد حقاً أن تعمل النصوص المتبقية -استقلالاً عن غيرها- كقانون. وتُعمل جهة الرقابة على الدستورية فى ذلك حسن نظرها وحكمتها. وعليها بالتالى أن تؤيد كل قرينة بفصل فروع الشجرة -القانون المطعون فيه- عن جنورها.

فإذا دل قصده على أن النصوص التى تضمنها القانون، إما أن تعمل بكاملها، أو تهتر بتمامها، فقد صار متعيناً أن يعامل هذا القانون باعتباره وحدة تتكامل أجزاؤها، وأن تسقط الأجزاء الصحيحة من القانون، بالنظر إلى ارتباطها بالنصوص المعيبة برابطة لا يقبل للتجزئة. فلا يكون للقانون -فى مجموع نصوصه- من وجود.

على أن أسكناه إرادة المشرع، قد يكون أحياناً أمراً متحزراً. ولا مفر عندئذ من الاعتماد على العلامة المنطقية الحتمية The inextricable tie التى تربط النصوص القانونية ببعضها. فإذا كان متحزراً عقلاً بعد إبطال جزء منها، أن تستقل باقيها بنفسها، فإن مناط إعمال قاعدة الفصل يكون منقياً.

ومحكمة الولاية فى الدول الفيدرالية، هى التى تقرر إمكان الفصل أو عدم جوازه، على ضوء نصيبها مقاصد المشرع المحلى، كالشأن فى تفسير القوانين المحلية الذى يعود أمره إليها بصفة رئيسية. وحين تقرر محكمة الولاية جواز الفصل، فإن قرارها فى ذلك يقيد المحكمة العليا الفيدرالية. فإذا لم تكل محكمة الولاية بقول فى شأن إمكان الفصل، فإن على المحكمة العليا أن تعيد الموضوع إليها كى تقوم بواجبها فى مجال استخلاص إرادة المشرع^(٢).

(١) وترجمة ذلك أنه ما لم يظهر بوضوح أن المشرع ما كان ليقر النصوص القانونية التى يدخل إقرارها فى ولايته، مستقلة عن تلك التى لا تدخل فى هذه الولاية، فإن الأجزاء الباطلة تسقط وحدها، إذا كان بالإمكان تفعيل الأجزاء الباقية كقانون.

(٢) Dorchy v. Kansas, 264 U.S. 286, 290 (1924).

ونفترض قاعدة الفصل بين أجزاء القانون، أن يتلق الطعن بمطاعن موضوعية لا شكلية. ذلك أن القانون الذي لا تتوفر فيه الأوضاع الشكلية التي نص عليها القانون، لا يختبر تشريعاً قائماً، بل يزول وجوده بكل أجزائه. ولا كذلك عيوبه الموضوعية التي يتصور معها إمكان فصل أجزائه الصحيحة الباقية، عن أجزائه المعيبة الباطلة.

وقاعدة الفصل هذه Severability Rule، هي التي تبنتها المحكمة الدستورية العليا، وذلك فيما قرره من أن النصوص التي يتضمنها القانون، لا تعتبر ساقطة بكل أجزائها، إلا في إحدى صورتين:

أولاهما: إذا كان ملحوظاً عند إقرار السلطة التشريعية للقانون، ترابط أجزائه فيما بينها، واتصالها ببعض، فلا تكون في مجموعها إلا كلا غير منقسم، بما يؤكد وحدتها العضوية، ويجعل من المتعذر فصل أجزاء القانون عن بعضها. ومن ثم أمر يعود الفصل بين نصوص القانون أصلاً، إلى إرادة هذه السلطة التشريعية^(١).

ثانيهما: إذا كان ما بقى من أجزاء القانون للصحيحة، بعد فصلها عن أجزائه المعيبة، يقصر عن الوفاء بالأغراض التي استهدفها المشرع عند إقراره للقانون^(٢).

وينبغي أن يلاحظ أنه حتى لو أفصح المشرع عن إرادة فصل نصوص القانون عن بعضها إذا تقرر إبطال بعض أجزائها، فإن شرط إجراء هذا الفصل، ألا يكون قد ظهر لجهة الرقابة القضائية على الدستورية - من خلال علاقة منطقية بين نصوص القانون - أن فصلها عن بعضها، غير متصور عقلاً^(٣).

وعلى من يدعى إمكان فصل باقي أجزاء القانون الصحيحة، عن تلك الباطلة، أن يقدم للدليل على دعواه، وأن يبرهن بالتالي على أن المشرع قصد إلى إسقاط النصوص الباطلة وحدها، لتبقى

(١) ولا يعنى ذلك أن خفاء هذه الإرادة، يتم قرينة قانونية ضد الفصل. إذ القول بمثل هذه القرينة نظر سليم. ذلك أن المشرع قد يسهو عن إعلان إرادته في شأن جواز أو حظر الفصل، فلا يبقى أمام المحكمة إلا أن تجتهد بنفسها لاستصاف إرادته.

(٢) كدستورية طيا - القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية دستورية جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٠/١٠ - س ١٣٥ - ١٣٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) Carter v. Carter Coal Co. 298 U.S. 238 (1936).

أجزاءها الصحيحة معمولاً بها. وليس بشرط أن يكون الدليل على توافق هذا القصد مقطوعاً به، بل يكفي للتدليل على رجحان ذلك القصد.

ذلك أن فصل أجزاء القانون عن بعضها يناقض تكاملها Entirety، ويفترض إمكان تجزئتها Divisibility. وهو افتراض يناقض الأصل في الأشياء. وكان منطقياً بالتالي أن تسقط المحكمة نصوص القانون بتمامها. إذا كان ما بقي منها بعد إبطال بعضها يستحيل أن يقوم وحده، أو كان إعمال هذا الباقي يناقض إرادة المشرع.

خامساً: تطبيق القاعدة الأضيق نطقاً لحكم النزاع

١١٨- وعلى جهة الرقابة على الدستورية في مجال فصلها في المسائل الدستورية المطروحة عليها، أن تصوغ في أضيق نطاق، للقاعدة التي يقوم عليها حكمها في شأن هذه المسائل، فلا تتجاوز في اتساعها حدود متطلباتها^(١) The narrowest language possible.

فإذا كان نطاق القاعدة التي قام قضاء الحكم معمولاً عليها، مجاوزاً في مدها، من حدود وقائعها، فإن ما وقع فيه التجاوز يكون زائداً عن حاجة الدعوى الدستورية. فلا تقوم به دعائم الحكم الصادر فيها.

ويتصل بهذا المبدأ، ما هو مقرر من أنه متى كان القانون في مجال تطبيقه على شخص معين - لا يخل بحقوقه التي كفلها الدستور، فإن الطعن عليه بمقولة أن تطبيقه على آخرين أو على مراكز قانونية مختلفة، قد يكون مخالفاً للدستور، لا يجوز سماعه.

ذلك إن من غير الجائز أن ينزلق قضاء جهة الرقابة على الدستورية إلى تطويل كامل للنصوص القانونية المطعون عليها، يسعها في كل تطبيقاتها التي تنتم بالتقيد والشمول. لا استثناء من هذه القاعدة، إلا إذا كان النظر في النصوص القانونية المطعون عليها، يؤكد شدة غموضها أو انسيابها؛ أو وقوعها فيما وراء السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق. إذ يتعين أن تعامل هذه النصوص عندئذ باعتبارها مشتبهاً فيها من وجهها، وأن ترصد جهة الرقابة على الدستورية كل تطبيقاتها المحتملة، وقفاً عليها وتقيماً لها.

(١) Garner v. Louisiana 368 U.S. 157 (1961); United State v. Raines 362 U.S. 17. (1960).

ويرتبط بحظر تقرير جهة الرقابة القضائية على الدستورية، لقاعدة تكون بمداها، زائدة على حاجة النزاع المطروح عليها، ألا تكون القاعدة التي صاغتها جهة الرقابة على الدستورية موجهة فقط لحل نزاع قائم جلية وقلعة، حاضرة ظروفه؛ وإنما تحسب لنزاع محتمل قد تأتى به الأيام مستقبلاً^(١). فلا تكون تقريراتهم المجاوزة حدود النزاع، إلا شبيهة بالأراء الاستشارية التي يبديونها فى غير خصومة^(٢).

سادساً: تحقيق جهة الرقابة القضائية لواقعة النزاع

١١٩- وفضلاً عما تقدم، فإن الفصل فى المسائل الدستورية كثيراً يكون معلقاً على قرار تتخذه جهة الرقابة القضائية على الدستورية فى شأن حقيقة وقلعاتها. ويبدو ذلك جلياً عند الفصل فى دستورية إجراء اتخذ بالقبض على شخص معين أو احتجازه. إذ يتعين أن يكون هذا الإجراء معقولاً كشرط لتقرير دستوريته. ولا تتحدد هذه المعقولة إلا على ضوء عناصر الواقعة محلل القبض أو الاحتجاز.

كذلك فإن منطوق عرقلة حرية تداول الأراء، هو أن يكون عرضها أو ترويجها مقترناً بمخاطر واضحة حدثها، وحالة فى إحداها. وهو أمر يتصل بالضرورة بمضمون هذه الأراء وكيفية عرضها، وحدود ترويجها. وجميعها وقائع ينبغي تحقيقها قبل الفصل فى المسائل الدستورية المتصلة بها. وينتفع عما تقدم أمران:

أولهما: أنه كلما كان الفصل فى المسائل الدستورية معلقاً على وقلعاتها، فإن تحقيقها يدخل فى ولاية جهة الرقابة القضائية على الدستورية، ولو كانت هذه الوقائع ذاتها قد تحرتها جهة غيرها. ذلك أن تقرير جهة الرقابة لحكم القانون فى شأن واقعة معينة، يلزمها بأن يكون دليل ثبوتها بيدها.

ثانيهما: أن كل إخلال بالحقوق التى نص عليها الدستور، يفترض أن يتعلق بمضمونها ويؤثرها القانونية In substance and effect. وأن يكون مرتبطاً بواقعاتها التى يعتبر تحقيقها إجراء ضرورياً لإنفاذ هذه الحقوق، وإعطائها معانيها^(٣).

(١) Brown v. Maryland, 25 U.S. [12 wheat] 419 (1927).

(٢) Chester J. Antieau, Modern Constitutional Law, volume two, 1969, p. 699.

(٣) Norris v. Alabama, 294 U.S. 587-590 (1935).

فحق الفرد في الحرية، يقوضه أن تقوم السلطة بتعذيبه. فإذا أقر بعد تعذيبه، بالجريمة المنسوبة إليه، فإن تحقيق هذه الواقعة يكون لازماً للفصل فيما إذا كان هذا الشخص قد حوكم بطريقة منصفة تتوافر فيها كل ضمانة تقتضيها الدفاع عن حرية الشخصية وأمنيتها.

وبغير هذا التحقيق، فإن جهة الرقابة على الدستورية، لن تستطيع الفصل فيما إذا كان العدوان على الحق أو الحرية جوهرياً، أم أن القيود عليهما قد اقتضتها الضرورة، ومن طبيعة ثانوية لا يندرج بها الحق أو الحرية إلى حدود لا تسمح بمباشرة عملاً.

بما موداه، أن الفصل في المسائل الدستورية كثيراً ما يكون مطلقاً على وقائعها التي يدل ثبوتها على وقوع إخلال بالحق أو الحرية التي كفلها الدستور، فلا يكون تحريها أو استكمال ما نقص من عناصرها، إلا عملاً قضائياً واقعاً في الحدود التي نص الدستور عليها.

وكمثال على ما تقدم، فإن تطلق الطعن بمطبوع داعر، لا يخول قضاء جهة الرقابة على الدستورية، قراءة كل كلمة تضمنها هذا المطبوع لتحديد قيمته الاجتماعية، وإلا لحد عملهم إلى نوع من الرقابة يفرضونها على كل مادة بها قدر من الاستهواء أو الاستثارة.

وفي مجال الفصل في الطعون الموجهة إلى النصوص القانونية في شأن مخالفتها لشرط الوسائل القانونية السلمية، فإن كل واقعة كان لها أثر في إقناع أعضاء السلطة التشريعية بتأييد القانون أو رفضه، ينبغي أن تحققها جهة الرقابة القضائية على الدستورية.

وعليها - وفي حد أدنى - أن تحقق في الأوضاع التي كانت تحيط بإقرار القانون؛ وما إذا كان قد أفلح في دفع الشرور التي قصد إلى مواجهتها؛ فضلاً عن طبيعة ونطاق الأضرار التي يكون قد ألحقها بالذين عارضوه؛ وما إذا كان بإمكان السلطة التشريعية، أن تكفل تحقيق الأغراض التي توختها من القانون المطعون فيه، بوسائل أكثر معقولة.

فإذا بان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن القانون المطعون عليه لم يكن فاعلاً في مواجهة الشرور التي قصد إلى دفعها؛ أو أن هذا القانون ألحق بالمدعين في الخصومة الدستورية وبغيرهم ممن يماثلونهم في مراكزهم القانونية، أضراراً لا يستهان بها، ودون ما ضرورة، فإن عليها أن تبطل القانون لمخالفته شرط الوسائل القانونية السلمية.

وكذلك الأمر إذا ظهر لها أن الأغراض المشروعة التي توخاها القانون، كان يمكن تحقيقها بوسائل أخرى أكثر معقولية^(١).

كذلك تولى جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية اهتماما خاصا بكل واقعة يكون لها أثر حاسم في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية.

فإذا كان القانون المطعون عليه، يفرض قيودا على تداول الخمر بالنظر إلى الآثار الخطيرة المترتبة على الإسكار، والتي يندرج تحتها الإضرار بالصحة العامة وبالقيم الأخلاقية في الجماعة، وينتفيش الفقر والعوز والجريمة، ولهمم الخاتمة بين أفرادها، وغلبة الفوضى في محيطها، وعلى الأقل على نحو ما، فلن هذا القانون -ربالنظر إلى هذه الوقائع التي يقوم عليها الدليل إحصائيا- لا يكون مخالفا للدستور^(٢).

سليما: رفض نظرية الخطأ المفتر

١٢٠- تفترض هذه النظرية أن بعض الحقوق التي كفلها الدستور، قد تمسها في مجال تطبيقها مخالفة هينة يجوز التجاوز عنها باعتبارها خطأ مفتر Harmless Error.

بيد أن هذه النظرية معيبة في ركائزها، وفي الآثار القانونية المترتبة عليها حتى في مجال تطبيقها بالنسبة إلى بعض الحقوق، كحقوق المتهم.

ذلك إن ضمان هذه الحقوق بكاملها يعتبر شرطا جوهريا لمحاكمته بطريقة منصفة لصلتها الوثقى بإدانته أو براءته. بل أن سكوت المشرع على بيان مفردات وعناصر هذه الحقوق، يعتبر إغفالا تشريعا مستوجبا إبطال القانون.

ولا يتصور بالتالي أن تتحدد دستورية النصوص القانونية التي تخل بهذه الحقوق، على ضوء درجة خروجها عنها، وأن يصححها أو يبطلها خطأ يتصل بتطبيقها، على ضوء درجته، إذ هي مخالفة واحدة لنص في الدستور، لا تتخرج مراتبها. وحكمها هو البطلان في كل صورها.

(١) Southern pac. Co.v. Arizona, 325 U.S. 761 (1945); Bibb v. Navajo Freight lines (1959) 359 U.S. 520; Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934).

(٢) Mugler v.Kansas (1887) 123 U.S. 623,662.

ولا يتصور كذلك، أن ينحل مفهوم الخطأ المغتفر، إلى قاعدة عامة تتصل بكل الحقوق التي كفلها الدستور.

ذلك إن القول بإمكان التجاوز عن صور من الخطأ محدودة الأثر Harmless Error يفترض رصد هذه الصور في كافة مظان وجودها، وأن يجمعها معيار عام يسعها في كل أحوال تطبيقها، لنحدد على ضوءه ما يكون من الخطأ جسيماً فلا يجوز التسامح فيه، وما يعتبر من صوره أقل حدة بما يجيز التغاضي عنه.

فالخطأ هو المخالفة الدستورية في ذاتها، وهي لا تتجزأ بطبيعتها، ولا تكون متفاوتة في درجتها.

وليس لها من أثر سوى إبطال للنصوص القانونية التي أصابها عوار مخالفتها للدستور.

يؤيد هذا النظر، أن الرقابة القضائية على الدستورية في كثير من الدول، مردها إلى مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، ولا شأن لها بكيفية تطبيقها عملاً. ذلك أن الخطأ في تأويلها سواء بفهمها على غير معناها أو بتحريفها، لا يوقعها في حماة مخالفة للدستور، إذا كانت تلك النصوص صحيحة في ذاتها على ضوء أحكامها^(١).

وربما كان لنظرية الخطأ المغتفر وجه شبه بنظرية العقوبة المبررة المعمول بها في قضاء محكمة النقض المصرية^(٢). ذلك أن نظرية العقوبة المبررة وأن كان من شأنها ألا تقتض محكمة النقض حكماً وأن المتهم بالجرime بناء على وجه قانوني خاطئ، إذا كانت العقوبة المقررة بها تدخل

(١) دستورية عليا القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٨٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وعكس ذلك، الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية التي تأخذ محكمة العليا بنظرية الخطأ المغتفر في مجال الاتهام الجنائي وذلك بقولها:

There may be some constitutional errors which in the setting of a particular case are so unimportant and insignificant that they may, consistent with the Federal Constitution, be deemed harmless, not requiring the automatic reversal of the Conviction. [Chapman v. California, 386 U.S. 18 (1967)].

(٢) أنظر في نظرية العقوبة المبررة وأوجه نقدتها ص ٣٩٦ وما بعدها من مؤلف الدكتور فتحي سرور في النقض في المواد الجنائية طبعة ١٩٩٧.

في نطاق العقوبة التي كان يجب الحكم بها؟، إلا أن هاتين النظريتين تفترضان خطأ غير ضار في أحكام قضائية صدرت بالإدانة، إلا أن الرقابة القضائية على الدستورية في مصر لا تتعلق بأحكام أصدرتها السلطة القضائية. وإنما بالنصوص القانونية وحدها كي تقابلها بالمستور للتحقق من تطبيقها معها أو خروجها عليها.

ثامنا: الضوابط الذاتية للرقابة على الدستورية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

١٢١- لا يجوز في قضاء المحكمة الدستورية العليا أن تخوض في اختصاص ليس لها، ولا أن تتخلى عن اختصاص نيط بها. ذلك تسليها من ولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، محظوران دستوريا. لا يجوز بالتالي، أن تترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازما، ولو قارنتها محاذير لها خطرهما.

وهي تؤكد كذلك ضرورة أن تنحصر رقابتها في حدود منطقية. فلا يكون للتدخل بسها مؤنسا بانقلابتها من كوابحها بل متوازنا بما يصون موجباتها ولا يخرجها عن حقيقة مقاصدها، كإداة تكلل في أن واحد سيادة الدستور من جهة، ومباشرة السلطتين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتهما التقديرية دون عائق من جهة أخرى.

ومن ثم تكون الضرورة في صورتها المطلقة، هي مناط تدخل المحكمة الدستورية العليا برقابتها القضائية، فلا تفصل في دستورية نص تشريعي في غير خصومة، أو في خصومة لا تتناقض بشأنها مصالح أطرافها بما يحقق تصالهما، ولا في دستوريته نصوص أفاد الطاعن من ثمارها، أو لم يلحقه ضرر بسببها.

وليس لها أن تفصل في دستورية نصوص قانونية إذا كان بوسعها أن تؤسس حكمها في شأن النزاع المتعلق بها، على قاعدة لا نص عليها في الدستور. وعليها في كل حال إلا تفصل في خصومة دستورية قبل أولائها، ولا أن تنزل على الخصومة المطروحة عليها قساعة من الدستور تجاوز باتساعها الحدود التي يقتضيها الفصل في النزاع^(١).

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية "دستورية" جلسة ١٤ أغسطس ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٣٠٢/٢٧ - ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنها لا يجوز أن نتصل من اختصاص نيط بها وفقاً للدستور أو القانون أو كليهما. وعليها كذلك -ربنص القدر- ألا تخوض في اختصاص ليس لها، ذلك أن إنكارها لولايتها، أو مجاوزتها لتخومها، ممتنعان من الناحية الدستورية.

ولا يجوز من ثم، أن نترخص فيما عهد إليها به من المسائل الدستورية، كلما كان تصديها لها لازماً، ولو لايتها صعوبات لها وزنها، أو قارنتها محاذير لها خطرها.

بيد أن ذلك لا يعنى الاندفاع بالرقابة على الدستورية إلى آفاق تجاوز مقتضياتها، ولا مباشرتها دون قيود تتوازن بها.

بل يجب أن تكون هذه الرقابة -لضمان فاعليتها- محددة طرائقها ومداخلها، جلوة أسسها ومناهجها، وأن تمارس في إطار مجموعة من الضوابط التي تقيد المحكمة الدستورية العليا نفسها بها، ولا تفرضها عليها سلطة أعلى لتحدها من حركتها، لضمان أن تكون رقابتها على الشرعية الدستورية، منحصرة في حدودها المنطقية، فلا يكون التدخل بها مؤثراً بانفلاتها من كوابحها، بل متوازناً، بما يصون موجباتها، ولا يخرجها عن حقيقة مراميها، كأداة تكفل فسى أن واحد سيادة الدستور، ومباشرة السلطين التشريعية والتنفيذية لاختصاصاتها التقديرية دون عائق. ومن ثم كان اللجوء إليها مقيداً بضرورة أن يكون التدخل بها لازماً ومبرراً، وبوصفها ملائماً نهائياً، وليس باعتبارها إجراء احتياطياً.

وعلى ضوء التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية نص تشريعى فى غير خصومة، تعكس بمضمونها حقيقة للتناقض بين مصالح أطرافها؛ ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد ألوان إرسائها، أو تجاوز باتساعها الحدود التي يستلزمها الفصل فى النزاع المعروض عليها.

وليس لها كذلك، أن يباشر رقابتها القضائية على الشرعية الدستورية، كلما كان ممكناً حمل حكمها فى النزاع المطروح على أساس آخر غير الفصل فى المسائل الدستورية التي يثيرها النص المطعون فيه؛ وكذلك إذا كان الطاعن قد أقام من مزايده؛ أو كانت الأضرار التي رتبها لا تتصل بالمصالح التي يدعيها اتصالاً شخصياً ومباشراً.

وعليها دوماً كشرط أولى لممارستها رقابتها على الشرعية الدستورية- أن تستوفى مما إذا كان ممكناً تأويل النص التشريعي المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته^(١).

وهذه الضوابط جميعها المعمول بها في التنظيم المقارن للرقابة على الدستورية، تعود جميعها في منتهىها إلى حقيقة قانونية تلزمها بالآ تفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

"إن الرقابة القضائية التي تباشرها لا تعتبر إجراء احتياطياً، بل ملاذاً نهائياً، وعليها بالتالي ألا تفصل في الخصومة المطروحة عليها كلما كان بوسعها أن تتجنبها من خلال إسناد المخالفة المدعى بها، إلى أساس آخر يستقيم معها ويصححها^(٢)."

ولئن كان من المفترض في النصوص القانونية -ركائز- عام- هو حملها على أصل صحتها، وكان اللجوء إلى الرقابة القضائية لا يجوز إلا بوصفها ملاذاً أخيراً ونهائياً، فإن من الصحيح كذلك أن الفصل في الخصومة الدستورية يفترض استئصالها على عناصر تقيدها، وتعلق المسائل التي تطرحها، بنزاع لا زال حياً، داخلاً في ولايتها، فلا يكون الفصل قضائياً فيه مجرد رخصه بجوز التسامح فيها.

تأسماً: تقييد ضوابط الرقابة الذاتية على الدستورية

١٢٢- والضوابط المتقدمة جميعها لا ينالها حكم العقل، ولا تتأبى على طبيعة الوظيفة القضائية، بل هي نتائجها.

فما يقال من أن جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا يجوز أن تفصل في مسائل دستورية في غير ضرورة ملحة، مرده أن رقابتها على الشرعية الدستورية حذرة بطبيعتها، وأن الخصومة القضائية لا يجوز رفعها قبل أولائها، ولا الفصل فيها بعد أن صار النزاع عتيماً، فلا ترتجى منها فائدة لها شأن.

(١) الحكم السابق.

(٢) "دستورية عليا" -القبضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٢/٣٤ - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ ص ٥٧٤ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

والقول بأن حكمها في المسائل الدستورية، لا يجوز أن يجاوز حدود واقعياتها، مؤداه أن قضاءها في الخصومة الدستورية لا يجوز أن يكون زائداً على حاجتها. ذلك أن حكمها في الخصومة الدستورية يستقيم بغير حيثياتها الزائدة التي لا حجية لها لأن منطق الحكم يقوم بدونها، فلا ترتبط به ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

ولأن الأصل في المصلحة، أن تكون قائمة، وأن يقرها القانون؛ فقد نحين القول بانتفاؤها في الخصومة الدستورية، إذا كان الطاعن قد أفاد من مزاي النصوص القانونية المطعون عليها، أو كان تطبيقها لم يلحق به ضرراً فعلياً ومباشراً.

وما قرره من أن الرقابة القضائية على الدستورية لا تستقيم موطناً لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلاً يجنبها الوقوع في حماة المخالفة الدستورية، مرده أن هذه الرقابة مناطها الضرورة. وهي تكون كذلك كلما كانت النصوص القانونية المطعون عليها، عسيرة على كل تفسير يوائم بين مضمونها وأحكام الدستور^(١).

بما مؤداه أن الضوابط الذاتية للرقابة على الشرعية الدستورية، أدخل في مجموعها وحقيقتها، إلى خصائص الوظيفة القضائية التي يتحقق مناط مباشرتها، كلما كان النزاع المعروض على جهة الرقابة حياً، وفي حدود أبعاده؛ وعلى ضوء توافر المصلحة الشخصية والمباشرة فيه أو تخلفها؛ وبما يكون وسطاً بين رقابة على الشرعية للدستورية تنسم بتهورها، ورقابة من نوعها تبلور تراجعها^(٢).

كذلك فلن ما تقتضيه الوظيفة القضائية من تناقض مصالح الخصماء في الخصومة الدستورية كشرط لقبولها، علته أن مفهوم النزاع يفترض تحقق هذا التناقض، وأن يكون النزاع حقيقياً وحاداً. فلا خصومة بغير نزاع.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق "مستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٧ - ص ١٠٩٩ من الجزء الثامن.

(٢) راجع في ذلك الدعوى رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية جلسة ١٤/٨/١٩٩٤ - القاعدة رقم ٢/٢٧ ص ٣٣١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الفصل السابع

الرقابة القضائية على الدستورية: المطاعن التي تنطبق بها

المبحث الأول

خصائص القواعد التي يتطلبها الدستور

١٢٣- تتوخى القواعد التي يفرضها الدستور، أن يكون لكل سلطة أنشأها، قواعد يستقيم بها بنياتها وضوابط حركتها، ودائرة عمل فيها، وقيما تنزل عليها، ومقاصد تبتغيها؛ وأن يكون تمولونها مع غيرها واقعا في الحدود التي رسمها الدستور؛ وأن تتوفر لكل حق أو حرية الضمانة التي نص عليها بما يصون جوهرها.

والسلطان التشريعي والتنفيذي معنيان أصلا بهذه القواعد التي يقوض إهمالها قيس الجماعة ووثابته، خاصة وأن الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها قيوداً تبين تخومها، سواء في ذلك ما كان من هذه القيود متصلاً بالأشكال التي تفرغ فيها النصوص القانونية؛ أو بضوابطها الموضوعية التي تحتم تلاقيها مع المضمون الموضوعي لقواعد الدستور.

وفيما يجاوز قواعد الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية، فإن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية تغد مرربتها؛ ولو كان المدعى في الخصومة الدستورية قد أقامها للدفاع عن مثل عليا يؤمن بها؛ أو تثبيتها لقيم ينحاز إليها؛ أو توكيدها لأشكال ديموقراطية يطلبها؛ أو إنهاء لجدل يستور حول ملائمة النصوص القانونية المطعون عليها، أو حكمته، وما إذا كان لتقريرها من ضرورة. بل ينبغي أن يستند عوارها إلى شكلية تتطلبها الدستور فيها، ولكتها فارقتها؛ أو إلى ضوابط موضوعية ألزمها الدستور بمراعاتها، ولكتها نقضتها.

وفيما عدا الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، فإن كل عيب آخر، إما أن يندرج في إطار العيوب الموضوعية بمعنى الكلمة، وإما أن يأخذ حكم العيوب الموضوعية، كمعب إساءة استعمال السلطة.

المبحث الثاني

الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٤- يكون العوار في النصوص القانونية شكلياً، إذا قام على مخالفة الأوضاع الإجرائية التي تتطلبها الدستور فيها، سواء في ذلك ما كان منها متصلاً باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية؛ أو ما كان منها متعلقاً بالشروط التي يفرضها الدستور في شأن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها حال غياب السلطة التشريعية أو بتقويض منها^(١).

ذلك هو الضابط العام في الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور في النصوص القانونية، لا يحيط بها في كل صورها، وإنما يتناولها في جوانبها الأكثر شيوعاً، وفي الأعم من تطبيقاتها^(٢).

كذلك لا يورد الدستور القيود الشكلية التي تتطلبها في النصوص القانونية، في مكان واحد، وإن كان تفرق مواضعها لا يفيد التجهيل بها، ولا يزيل عنها صفتها كضوابط إجرائية في النصوص القانونية. ذلك أن قيود الدستور -كلما توافر عنصر الإجراء فيها- تكون شكلية بطبيعتها.

- فالأغلبية الخاصة التي تتطلبها المادة ١٧٥ من الدستور لتقرير الأثر الرجعي للنصوص القانونية، شكلية إجرائية لا بد من استيفائها لإجراء هذا الأثر^(٣).

- والمعاهدة لدولية التي لا يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، تنظر إلى الشكلية التي تتطلبها المادة ١٥١ من الدستور فيها، فلا تعد قانوناً نافذاً.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٥/٢ - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) أنظر في ذلك "دستورية عليا" "لدعوى رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٥٧ - ١٠٥٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" - قاعدة رقم ٧/١٢ - جلسة ٢ يناير سنة ١٩٩٣ - ص ١٥٠ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. فقد دل هذا الحكم على أن توافر الأغلبية الخاصة التي تتطلبها الدستور لإقرار الأثر الرجعي للمادة ٥٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة للضريبة، ينطبق بمطابق شكلية صرفة. وليس من شأن هذه المطاع أن تظهر النص المطعون عليه من مثالبه الموضوعية.

>>إن الطعن بعدم دستورية نص في اتفاقية دولية، إنما يطرح بحكم اللزوم توافقاً لمطالباتها الشكالية التي يستلزمها المادة ١٥١ من الدستور، ليكون لها قوة القانون، وذلك فيما يتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة^(١)<<.

وعرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية قراراً بقانون أصدره بتفويض منها لو غيى غيبته، شكالية إجرائية تطلبها المادتان ١٠٧ و ١٤١ من الدستور. فإذا أهمل رئيس الجمهورية استيفاء هذا الإجراء، صار القرار بقانون منعها منذ صدوره.

ونشر القاعدة القانونية في الجريدة الرسمية من أشكالها التي يرتبط وجودها بها.

ذلك إن إخطار المخاطبين بالقاعدة القانونية بمضمونها، شرط لاثبتهم بمحتواها. وبفترض نفاذها بالتالي إعلانها من خلال نشرها، وحلول الميعاد المحدد لبدء سريانها.

ومن ثم يرتبط سريان القاعدة القانونية وحمل المخاطبين بها على النزول عليها، بواقعتين تجريان معاً وتتكاملان -إن كان تحقق ثانيتهما مطلق على وقوع أولاهما- هما واقعة نشرها وواقعة انقضاء المدة التي حددها المشرع لبدء العمل بها.

فإذا لم تتلبها على هذا النحو، وكان من المقرر أن القاعدة القانونية لا تعتبر كذلك، إلا إذا قارنتها صفتها الإلزامية التي تميز بينها وبين القواعد الخلقية؛ فإن خاصيتها هذه تعتبر جزءاً منها، فلا تستكمل قوميتها بوقائعها.

يؤيد هذا النظر أن نشر القاعدة القانونية ضمن إعلانيتها وذبوع أحكامها، واتصالها بمن يعينهم أمرها، واستتاع القول بالجهل بها.

ومن ثم يكون هذا النشر كافياً وقوفهم على ماهيتها ونطاقها؛ حاللاً دون تنصلهم منها، ولو لم يكن علمهم بها قد صار يقيناً، لو كان إدراكهم لمضمونها واهياً.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٥/٣٠ - ص ٤٢٣ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

وحملهم قبل نشرها على النزول عليها -هم من الأغيار في مجال تطبيقها- إخلال بحقوقهم أو بحرياتهم التي كفلها الدستور، دون التقيد بالوسائل القانونية المألوفة للتسي حد تدومها وفصل أوضاعها.

وصار أمراً مقضياً في كل قاعدة قانونية لا تنشر، أنها لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها، ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبر الدستور تحققها شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم^(١).

وغير صحيح القول بأن القاعدة القانونية التي لا نفاذ لها، لا تضر بأحد لامتناع تطبيقها.

ذلك إن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تستهضم تلك النصوص التي تم تطبيقها في شأن المخاطبين بها، سواء قارنتها عندئذ أو زيلتها قوة نفاذها.

لذا يعتبر إخضاعها لها، تخطاً فعلياً Actual interference في شؤونهم، ملحقاً ضرراً باليأس أو محتملاً بمصالحهم، فلا تكون الأضرار التي أحدثتها تصوراً نظرياً.

فضلاً عن أن الخصومة الدستورية لا يجوز أن تتعلق بنصوص قانونية كان تطبيقها مترخياً

~~ثم يحس بعد أول إعمالها Pre-enforcement ولا بنصوص قانونية ضل إعمالها، بما يفرض إرادة~~
التخلي عنها بعد نشرها. Dormant provisions.

فإذا كان فرضها على المخاطبين بها، واقعاً قبل نشرها، أخل سرديتها فسي شأنهم بالحقوق والمراكز القانونية التي مستها، فلا يكون رد العدولان عليها عملاً مخالفاً للدستور^(٢).

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٥٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الثالث

ضوابط تطبيق الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية

١٢٥- وينبغي أن يلاحظ في شأن الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، ما يأتي:

أولاً: أن توافر الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور في النصوص المطعون عليها، يقتضي أن تستوفي جهة الرقابة بنفسها من انتفاء كل مخالفة لهذه الأوضاع لئلا كان وجهها أو موقعها من الدستور^(١).

ثانياً: أن الأشكال التي حتم الدستور إ فراغ النصوص القانونية فيها، تعتبر من قولها التي لا يكتمل لهذه النصوص كيانها بدونها. فإذا لم يصحبها المشرع في قولها هذه، زال وجودها كتقاعسد قانونية بتقيد المخاطبون بها بالنزول عليها، فلا نصير غير أعجاز نخل حاوية.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا: <أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها، لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بنيانها أصلاً في غيبتها، لتفقد بتخلفها وجودها كتقاعسد قانونية تؤثر لها خاصية الإلزام^(٢)>.

ثالثاً: تتحدد دستورية الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية، على ضوء ما قررته في شأنها، أحكام الدستور الذي فرضها^(٣).

ذلك أن النصوص المدعى مخالفتها للدستور من جوانبه الشكلية، لا تصور إخضاعها لغير الأوضاع الإجرائية التي كان ممكناً إدراكها عند إقرارها أو إصدارها.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٦/١٣ ص ١٦٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ ص ٥٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٧ - ١٩٩١ - قاعدة رقم ١/٩ ص ٣٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك العيوب الموضوعية في النصوص القانونية، إذ مرد الفصل في توافر هذه العيوب أو تخلفها، إلى الدستور القائم وقت صم الخصومة الدستورية.

رابعاً: الأصل في الرقابة على الدستورية التي تتركز في جهة قضائية واحدة، أنها تتناول كافة المطاعن الموجهة إلى النصوص القانونية الشكلية منها والموضوعية. ذلك إن قصر الرقابة المركزية على المطاعن الموضوعية وحدها، مؤداه أن يعود الخوض في عيوبها الشكلية إلى رقابة الامتناع التي كان زمامها بيد المحاكم جميعها، لتفصل في توافرها أو تخلفها بأحكام يناقض بعضها البعض، بما يخل بالوحدة العضوية لنصوص الدستور سواء من جهة محتواها، أو من زاوية الأشكال التي فرضها الدستور على المشرع^(١).

(١) دستورية عليا للقضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩١/١٢/٧ - قاعدة رقم ٣/١٢ - ص ٥٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

المبحث الرابع

النصوص القانونية من جهة عيوبها الموضوعية

١٢٦- تقرض عيوبها هذه، أن ينالض مضمون القاعدة القانونية، حكما موضوعيا في الدستور.

كذلك فإن إقرار السلطة التشريعية لنصوص قانونية انحرفا بها عن مقاصد حدها الدستور، وتكبتها بالتالي لأغراض عكسها، مؤداه أن مقاصده من هذه النصوص من مكوناتها، فلا ينفصل بنيانها عنها، بل تشملها للمطاعن الموضوعية بالنظر إلى اتساعها لكل عوار لا يرتبط بالأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية^(١).

وإذا كان من المقرر أن النصوص القانونية لا تتغير كذلك، إلا إذا أقرها المشرع في قوانينها الشكلية التي لا تقوم هذه النصوص بدونها، ولا يكون لها وجود بتخلفها؛ وكان من البدء أن المسائل التي لا يقوم قضاء الحكم صحيحا قبل بحثها، تنقسم غيرها؛ وكان إحياء النصوص القانونية التي أغفل المشرع سببها في قوانينها الشكلية، لا يعدو أن يكون جهدا ضائعا؛ فقد تعين القول بأن القانون بمعنى الكلمة، إنما يتمثل في تلك النصوص التي أقرها المشرع بعد استيفائها للأوضاع الشكلية التي يرتبط وجودها بها.

ومن ثم نتقدم الشكالية في النصوص القانونية، على متطلبات إخضاع مضمونها لقواعد الدستور في محتواها.

فلا تخوض جهة الرقابة على الدستورية في مطاعن من طبيعة موضوعية، قبل تنصيصها لشكالية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور؛ وإلا كان نظرها في المطاعن الموضوعية غير متعلق بقانون بمعنى الكلمة^(٢).

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥/٢٣ - ص ٣٤٩ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٣/٢٣ - ص ٣٤٨ - ٣٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولا كذلك ما يدعى به من تعارض بين نص قانوني مطعون فيه من جهة وبين مضمون قاعدة في الدستور تحكم هذا النص من جهة أخرى.

ذلك إن الفصل في هذا التعارض -سواء بتقرير قيام المخالفة للموضوعية المدعى بها أو بنفيها- يفترض لزوماً استيفاء النص المطعون عليه للأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيه^(١).

ويتعين دوماً الرجوع إلى أحكام الدستور القائم، للفصل في اتفاق النصوص القانونية المطعون عليها أو تعارضها مع مضمون قواعده.

ذلك أن قواعد الدستور من جهة مضمونها، هي التي تقوم مجتمعتها وفق الصورة التي ارتأتها، وعلى ضوء القيم التي احتضنتها، والتي لا يجوز تحديد ملامحها وفق نصوص تضمنها دستور سابق، وإلا كان للدولة الواحدة نظامان قانونيان قائمين في وقت واحد لكل منهما وجهة مختلفة. وهو ما لا يتصور بالنظر إلى هذين النظامين يتصادمان بالضرورة، ولا يعقل بالتالي تطبيقهما في آن واحد، وإنما يتعين أن تكون الغلبة للدستور القائم وحده ليحكم كافة العلاقات القانونية التي تثار في ظلّه، سواء في ذلك ما نشأ منها سابقاً على نفاذه أو بعد العمل به.

ويتعين بالتالي تحية الدستور القديم عند الفصل في المطاعن الموضوعية حتى لا يفرض هذا الدستور الفلسفة التي كان يقوم عليها، على أوضاع قائمة نبتتها^(٢).

وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الطبيعة الأمرة لقواعد الدستور، وعلوها على ما دونها من القواعد القانونية، وضبطها للقيم التي ينبغي أن تقوم عليها الجماعة، والتي ترتبط بها الأسرة كذلك بوصفها قاعدة بنائها ومدخل تكوينها، تقتضي إخضاع القواعد القانونية جميعها - وأياً كان تاريخ العمل بها- لأحكام الدستور القائم، لضمان تماسكها والمفاهيم التي أتت بها، فلا تتفوق

(١) "دستورية عليا للقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢/١٢ و ٣ و ٤ - ص ١٤٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) لو تصورنا أن الدستور القائم تبني نظاماً اشتراكياً كاملاً على خلاف دستور سابق يحكمه توجه رأسمالي، فإين دستوريت القوانين المطعون عليها لميب موضوعي، تتحد على ضوء الأفكار الاشتراكية لا الرأسمالية.

هذه القواعد -في مضامينها- بين نظم مختلفة ينالض بعضها البعض، بما يحول دون جريانها وفق الضوابط ذاتها التي يتطلبها الدستور لقيام في شأن تلك القواعد، كشرط لمشروعيتها الدستورية^(١).

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن قواعد الدستور في جوانبها الموضوعية، هي التي تعكس القيم والمثل التي بلورتها الإرادة الشعبية، وكذلك الأسس التي تنظم الجماعة وضوابط حركتها. فإذا جاوزتها النصوص القانونية المطعون عليها، صار إبطالها لازماً^(٢).

ولا يعتبر رفض جهة الرقابة على الدستورية للمطاعن الشكلية الموجهة إلى النصوص القانونية، مظهرًا هذه النصوص من مثالبها الموضوعية، بل يجوز النظر في عيوبها الموضوعية بعد رفض مطاعنها الشكلية^(٣).

ولا كذلك قضاء جهة الرقابة على الدستورية في شأن تحقق العيوب الموضوعية في النص القانوني المطعون فيه. ذلك إن فصلها في هذه المطاعن، يفيد ضمنا -بالضرورة- استيفاء هذا النص للأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيه، بما يحول دون بحثها من جديد^(٤).

(١) دستورية عليا القضية رقم ٨١ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ٤ أبريل ١٩٩٨ - للقاعدة رقم ١/٩٦ - من ١٢٨٤ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٢ - للقاعدة رقم ٨/١٢ و ٩ - ص ١٥٠ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) "دستورية عليا" القضية رقم ٨٩ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - للقاعدة رقم ١/٣٦ - ص ٣٣٨ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٤) "دستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٩/٢ - ص ٥٣ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

المبحث الخامس

الحجة المطلقة لقضاء المحكمة الدستورية

العليا في شأن مخالفة النصوص القانونية للدستور شكلاً وموضوعاً

١٢٧- وسواء كان إبطال المحكمة للنص القانوني المطعون عليه، مرده إلى شكالية فوّسها، أو إلى خروجه على حكم موضوعي في الدستور، فإن النص في الحالتين يتجرّد من قوة نفاذه، فلا يجوز تطبيقه، وعلى الأخص من قبل سلطات الدولة جميعها بما فيها السلطة القضائية. بل أن الحجة المطلقة التي يحوزها قضاء المحكمة فيما تفصل فيه من المسائل الدستورية، تقييد كذلك للناس جميعهم، ويتجرّد النص للقانوني المطعون عليه من القوة التي كان يحوزها قبل الحكم بعدم دستورية، بنعدم وجود هذا النص، فلا يبقى موجوداً على صعيد الحياة القانونية بعد زوال كل الآثار التي كان يرتبها. ولا يتصور بعدئذ تقرير بطلان جديد في شأن هذا النص. ذلك أن تقرير بطلان جديد في شأن نص لم يعد موجوداً، مؤداه أن يرد البطلان الجديد على نص قانوني غير قائم، وهو ما لا يسوغ في حكم العقل^(١).

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ١٩٤٤/١/١ - قاعدة رقم ١/١١ ص ١١٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة ٣/١٥ ص ١٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

الفصل الثامن

الرقابة القضائية على الدستورية: موجهاتها

١٢٨- تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية مهامها باعتبارها حامية للدستور، وعليها بالتالي أن تحدد نطاق تطبيقه ومعانيه من خلال تفسيرها.

ذلك أن تطبيقها للدستور على واقعة بعينها، يقتضيها أن تمنح لأحكامه دلالاتها، وأن ترد إليها وتقيس عليها، الأعمال التي تصدر عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، خاصة مع غموض الدستور في كثير من جوانبه.

ويظل اجتهاد جهة الرقابة للقضائية على الدستورية متواصلا في مجال تحديد معاني الدستور؛ ومتواليا على صعيد إحداثها حقوقا جديدة لا نص عليها فيه، وإن اعتبرتها من قبض قواعد لتتعد أحكامه شيئا فشيئا عن الصيغة التي أدرغ أصلا فيها، ولتظهر للدستور في النهاية وكأنه مجود ظلال باهتة للصورة الأولى التي كان عليها، وعلى الأخص من خلال مبادئ دستورية تضفيها إلى الدستور، وكأنها تقوم بعملية خلق لوثيقة جديدة لها ملامح مختلفة عن الصورة التي كان الدستور عليها.

ويظهر ذلك بشكل أكثر وضوحا في الدول الفيدرالية حيث تقم جهة الرقابة القضائية على الدستورية، رباطا وثيقا بين ولاياتها من جهة، وبين القيم التي احتضنها دستور الاتحاد من جهة أخرى، لتمد دائرة تطبيقها إلى أقاليمها بكل مكوناتها، إلى حد القول بأن جهة الرقابة على الدستورية لم تعد تفسر القانون، ولكنها تصنعه من خلال مفاهيم توجهها، وتتخذها نقطة انطلاق لأحكامها في بنيانها ودعائمها. لا قيد عليها في ذلك، إلا أنها تعصل في خصوصية قضائية لا تخولها صناعة القانون في صورة مجردة، وإنما على ضوء الواقعة المتنازع عليها، وفي إطارها^(١).

بما موداه أن لأحكامها، موجهاتها التي تتعدد أشكالها، وإن أمكن رصد بعض جوانبها وأهمها:

(١) Ruggero J. Aldisert, "The Role of Court in Contemporary Society" Views From The Bench, pp.257 - 260.

المبحث الأول السوابق القضائية

١٢٩- فى الدول التى يقوم نظامها القضائى على اعتماد السوابق القضائية، يكون لهذه السوابق أثر كبير فى تشكيل القواعد القانونية، وثباتها.

يبد أن السوابق القضائية قد تموق أحيانا تطوير هذه القواعد إذا حال التقيد بها دون تصحيحها من الأخطاء التى اعترتها. ذلك أن إبقاءها على حالها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه دوام الأضرار التى قارنتها.

وكان منطقيا بالتالى أن تؤثر السوابق القضائية -إلى حد كبير- فى دور جهة الرقابة على الدستورية إذا انحاز قضائيا إلى القديم، من خلال تطبيقهم سوابق قضائية بعد زمنها، ولو كان تغييرها مطلوبا، وخطوها فادحا، وكأنهم يتحركون فى دائرتها، ويحتصمون بمبادئها، رغم إيمانهم بأن السوابق القضائية تحول بطبيعتها دون تغيير مضمونها بما يوائمها وروح العصر؛ وأنها تتمحض إعناتا يتقيد بمفاهيم الآخرين الذين صبروا هذه السوابق فى قولها؛ ولحاطها من تبعهم بالجمود من خلال الإصرار على تطبيقها؛ نكولا من جانبهم عن إعمال حكم العقل فى مسائل دستورية لا يجوز أن تحول السوابق القضائية -بضغوطها- دون النظر فيها ومراجعتها؛ وقبولا من القضاة لأن يكون طريقهم إلى الاجتهاد منغلقا، وتراضيههم مطردا على الإذعان لأصداء من الماضى البعيد لا يتحولون عنها؛ حال أن الفصل فى الخصومة القضائية مرتبط بوقائعها فى زمن حدوثها، وبما هو قائم من ظروفها عند اتخاذ قرار فيها.

ومن ثم تكون السوابق القضائية فى ولقها قيداً على تطوير الدستور، وإن كان الخطأ محتمل فيها، وكان تصويبها ليس فقط مجرد ضرورة يقتضيها أن يظل القانون حيا وفاعلا، بل كذلك لرد أضرار قارنتها، وأثار سيئة لابتستها، بما يجعل للدول عنها ضمانات جوهرية تحول دون تأييدها، وعلى الأخص كلما كان تعديل الدستور لازما لتجاوز السابقة للمعية، وكان لا يجوز إجهاضها من

خلال قانون يصدر عن السلطة التشريعية، منلما هو الأمر في المملكة المتحدة التي يستطيع برلمانها إصدار كل سابقة يعارضها^(١).

وينبغي بالتالي، أن يكون للسوابق القضائية دور محدود في نطاق الفصل في المسائل الدستورية، وأن يكون لجهة الرقابة القضائية على الدستورية مفاهيم خاصة بها، لا تنكيد فيها بآراء سابقة لأخرين صاغوها على ضوء اجتهاداتهم التي لا يجوز أن تفرض نفسها على أفكار غيرهم، وإلا انقلبوا ترجيحاً لأصواتهم، يرددونها في غير وعى، أو دون بصير بخطورة نتائجها، وعقم محصلتها، وسوء عاقبتها. ليظهر قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، وكأنهم تقمصوا شخصية الأكفمين، يتحدثون بلسانهم، وينطقون بكلماتهم، ويعيشونهم.

وليس ذلك إلا لهما وعيًا عريضا لا يختفر، ذلك أن التنكيد بالسوابق القضائية، يفيد بالضرورة معاملتها كحقيقة ثابتة لا يأتها الباطل من بين يديها ولا من خلفها؛ وتطبيقها بالرغم من سونها، ومحاكاتها في الأفكار الرجعية التي عضنتها^(٢)، ويقالها بعيوبها ولامحها الشائنة إذا لم يُعدل الدستور لتجاوزها^(٣) أو تَعَدَّل عنها جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي لا يجوز أن تسترقها سوابق قضائية قديمة ترتبط بوقائعها، وبالأوضاع القائمة في زمنها، خاصة وأن فرائض الأمس أو مفترضاته، قد تظهر اليوم باعتبارها من الأساطير أو صورا من الخيال والأوهام.

كذلك فإن القوانين التي كان ينظر إليها في الماضي باعتبارها استجابة معقولة لأمال الجماعة التي عايشتها، قد تنقضها اليوم احتياجاتها الجديدة، أو تنحيا بدلال وحلول أكثر معقولة من تلك التي تبنتها هذه القوانين من قبل.

فضلا عن أن القيم التي ترعاها الجماعة في واحد من أطوار تقدمها، قد تنقضها قيم جديدة تحتضنها في طور آخر، فلا يكون صونها إلا مقتضيا تعديل السوابق القديمة، أو إبطالها.

(١) تتعد السيادة في المملكة المتحدة البرلمان الذي يستطيع وفقا للعبارة المشهورة، تغيير كل شيء إلا أن يجعل المرأة رجلا، أو الرجل امرأة.

ولا كذلك الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث لا يملك الكونجرس سلطة نقض حكم صدر عن محكمة العليا، وهو ما اتضنت إبطال التعديل الرابع عشر للمستور الأمريكي لنقض حكمها الصادر في قضية Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856)، وإبطال التعديل السادس عشر لنقض حكمها في القضية:

Pollock v. Farmers' loan and Trust Co, 157 U.S. 429 (1895).

(٢) Jackson, Struggle for judicial Supremacy (1941), p.295.

(٣) Bernhardt, Supreme Court Reversals on Constitutional Issues. 34 Cornell L.Q 55 (1948).

ولا يجوز بالتالى أن تعزل جهة الرقابة القضائية على الدستورية نفسها عن المفاهيم المتفسيرة للقيم، وكأنها بعيدة عن إدراكها (١).

وليس سائغا فى حكم العقل، أن تظل المواقف القضائية عصبية على التحليل، بالرغم من أن الذين صاغوها هم قضاة من البشر، يصيبون ويخطئون، فلا تكون أعمالهم جميعها تعبيراً عن حقيقة لا تتبدل.

ولا جرم فى أن لكل جهة قضائية تباشر الرقابة على دستورية القوانين، عثراتها، ولها كذلك تجاربها التى قد يصيبها التوفيق أحيانا؛ أو يكون إهدارها لحقائق العدل فى أخص مكوناتها، جليا (٢). فالقضاة فى كل بلد يفصلون فيما يعرض عليهم على ضوء فهمهم لحكم القانون القائم.

وعليهم -ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا- توفيق ما أعوج من أحكامهم التى لا تبلور فى حقيقتها غير خبراتهم الاجتماعية التى لا تصدق نتائجها دوما، خاصة فى نطاق المفاهيم الدستورية التى يتعين ضمان نموها.

ولا يلبق بقضاة لا يعيشون الأوضاع ذاتها التى عاصرها الأقدمون، أن ينقلوا عنهم بعد موتهم الأفكار الرجعية ذاتها التى روج أسلافهم لها فى عهود مختلفة ولتى كان لها أسوأ أثر على تشكيل القواعد الدستورية وتطورها (٣).

Precedents in constitutional law are the most powerful influence in forming and supporting reactionary opinions.

(١) وليس أدل على فساد نظام المواقف القضائية من أنه خلال الفترة من ١٨١٠ حتى ١٩٥٧، قضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تسعون قراراً سابقاً صدر عنها فى بعض القضايا من بينها ستون قضية كانت المسائل المثارة فيها من طبيعة دستورية

Antitéau, Modern Constitutional law, volume Two, 1969, p. 707.

(٢) ومن ذلك ما كانت تؤمن به المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية من أن حضور محام مع المتهم فى جنازة ليس أمراً جوهرياً لضمان محكمتة بطريقة منصفة، ثم عدولها عن حكمها هذا فى قضية:

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 355 (1963).

(3) Douglas, State Decisiois, 49 Col. law Review, 1949, pp. 735, 736; Jackson, struggle for judicial Supremacy (1941), p. 255.

المبحث الثاني

مقاصد آباء الدستور

Intent of the Framers of the Constitution

١٣٠- يقصد بآباء الدستور، هؤلاء الذين صاغوه بأفكارهم وعباراتهم، ل يظهر الدستور -وكما كان مواكبا لتطور النظم الديمقراطية- باعتباره متوخيا حماية الحرية الفردية، داعما لبطلانها إلى أفاق مفتوحة تكون بذاتها عاصما من جموح السلطة أو انفلاتها، وبما يحدد للجماعة إطاراً لمصالح تصون بها مقوماتها(١).

ومن ثم لا تصدر الدساتير عن آباء غير شرعيين. ولكنها تولد بيد هؤلاء الذين كان لهم فضل خلقها وإنباتها، فلا تكون مقاصدهم من النصوص التي تضمنتها بعيدة عن معانيها، وعلى الأخص كلما دار حوار عريض حول حقيقة هذه النصوص ومراميها من خلال مؤتمر أو جمعية تبتنتها، بعد وقوفها على جوانبها، وتعرفها على مشكلاتها، وأثارها العملية.

كذلك، فإن كل تعديل يرد على الدستور، لا يأتي من فراغ، بل يدعو إليه ضرورة ملحة تكشفها الأعمال السابقة على إجراء التعديل، وكذلك الأعمال المفضية إليه، فلا يكون التعديل منفصلا عن جنور ضاربة في الأعماق، هي التي تتحراها جهة للرقابة على الدستورية، وتستلهمها في أحكامها.

ويظهر ذلك على الأخص على صعيد وثائق إعلان الحقوق التي لا تنتزع مفاهيمها عنوق، ولا تتساقط نصوصها من مكان مجهول. وإنما تمهد لها أفكار سابقة عليها، وتحرض على تبنيها وتدعو إليها، حقائق اجتماعية واقتصادية آمن أصحابها بها وروجوا لها، وجذبوا إليها من بذاصرونها. فلا يكون التخلي عن هذه الأفكار والحقائق، إلا فصلا لوئلق إعلان الحقوق، عن الأوضاع التي أحاطتها وأتجتتها.

ولا كذلك آراء أشخاص لم يكن لهم دور في تكوين بنيان الدستور أو وثائق الحقوق. ذلك إن ما تعطيه جهة الرقابة من وزن لهذه الآراء، لا يدعو أن يكون محض تقدير من جانبها لوجهة نظر بذاتها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ فضائية "دستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ١/١٥ ص ١٤٠ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

على أن الأعمال التحضيرية لنصوص الدساتير وتعديلاتها، ولوثائق إعلان الحقوق، وإن ساء، الاستهداء بها لفهم أحكامها، وتحديد غاياتها بصورة تقريبية؛ إلا أن التقيد بها والنزول عليها، وتطبيقها كحقائق ثابتة لا نزاع فيها، أمر ينبغي أن يؤخذ بالكبر قدر من الحذر.

فقد تنافض هذه الأعمال، ما آل إليه أمر هذه النصوص في صيغها النهائية. وحتى إذا وافقتها، فلن مضامينها وأبعادها، تتأثر غالباً بوجهة النظر الشخصية والمياسية لهؤلاء الذين ألفوها؛ وبما افترضوه من حقائق وأوضاع اقتضتها في زمنهم؛ وبما تصوره بعضهم من قيم انفرد بها، ولو عارضه آخرون فيها.

بل إن معاني النصوص التي تضمنها الدستور، يمكن كشفها على ضوء ما طرأ على صياغة هذه النصوص من تغيير خلال المراحل المختلفة لتكوينها، وعلى الأخص إذا كان من صاغوها قد أدخلوا تعديلاً عليها قبل أن تظهر في صورتها النهائية، سواء بحذفهم لمباراة منها، أو بإسقاطهم مصطلحاً أو كلمة قدروا أنها في غير موضعها، أو لأنها تبلور توجهاً يضيئون به، أو تعطى لمباراة النص معنى لا يرغبون فيه.

ولا يجوز بالتالي، أن ينظر إلى هذه النصوص باعتبارها من خلق إرادة جازمة أحدثتها، فسي الصورة التي هي عليها. إذ هي في واقعها نتاج آراء متفرقة، جمعها للتوافق في بعض أجزائها، أو فارقتها للتعارض في بعض جوانبها.

فلا تبلور هذه الآراء غير المفاهيم التي آمن بها أصحابها في لحظة زمنية معينة كان لها متطلباتها. ولا يجوز بالتالي اعتبارها موقفاً ثابتاً لا ينقض حتى بوصفها وجهة نظر حرصوا عليها، أو إملاء بحكم تفسير الدستور.

ومع ذلك، تظل الأعمال التحضيرية للدستور، وما اتصل بها من الحقائق التاريخية، إطاراً خلفياً لنصوصه يقتضى وضعها قدر الإمكان، قريباً من مقاصد الرجال الذين قاموا بتشكيلها، وعلى الأخص ما تعلق بالشرور التي أرادوا نفعها؛ وبموطن الخلل في مجتمعهم التي قصدوا إلى تقويمها؛ وبأخطاء الماضي التي عمدوا إلى تجنبها؛ وبمخاوفهم من إحيائها^(١)؛ وبالأغراض التي حرصوا على تحقيقها.

(١) تضمن دستور جمهورية مصر العربية، كثيراً من النصوص التي صاغها لمواجهة أخطاء الماضي وتجاربها السيئة، من بينها نص المادة ٤١ التي تكفل ضمان الحرية الشخصية؛ ونص المادة ٤٢ التي تمنع إيداع الشخص أو تضييقه؛ ونص المادة ٤٥ التي تكفل حرمة الحياة الخاصة؛ ونص المادة ٥٧ التي ترقى بالإعلاء على الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور، إلى مرتبة الجريمة؛ ونص المادة ٧١ التي تخول كل من قبض عليه حق إبلاغ من يراه بما وقع عليه.

ولا يكون ملائماً بالتالى إعمال هذه الأعمال التحضيرية أو الحقائق التاريخية من كل جوانبها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالغموض من نصوص الدستور التى لا تجليها أحيانا إلا مصادر خارجية تعطى لهذه النصوص مناخها، ومحيطها الاجتماعى.

ولقد ظل واضحا فى أذهان كثيرين، أن لكل خصومة قضائية تفصل فيها جهة الرقابة على الدستورية، مشكلاتها التى تنتم بتقيد عناصرها، ولا تفلح فى حلها، لا الحقائق التاريخية، ولا مقاصد آباء الدستور، خاصة وأن التقارير التى تعد عن الدستور بعد إقراره أو الأعمال التحضيرية التى تعاصره، أو تتقدمه، كثيرا ما تكون فقيرة فى ملامتها، فلا تلقى ضوءا واضحا على مقاصد هؤلاء الذين اقترحوا نصوص الدستور، أو ناقشوها وأقروها، بل يتعين التحوط فى استخلاص نواياهم، بالنظر إلى أنهم ما تطرقوا إلى النصوص التى بحثوها إلا من منظور عام، فلا تكون هذه النوايا قاطعة فى مواجهة المسائل التفصيلية التى تثيرها الخصومة الدستورية، بل قاصرة عن تغطيتها.

وربما كان من الأوفق أن تستظهر جهة الرقابة على الدستورية، العلاقة بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور من جهة، والمخاطر التى قصد آباء الدستور إلى توقيها من جهة أخرى.

فكلما كان تطبيق هذه النصوص مؤديا إلى هذه المخاطر، أو كان موطناً لها؛ فإن الحكم بعدم دستورتها، يكون لازماً^(١).

كذلك فإن على جهة الرقابة أن تنتظر إلى نصوص الدستور باعتبارها متطورة بطبيعتها، وأن مقاصد الرجال الذين صاغوها لا تحسم دائما الأوضاع الجديدة التى تعاشها هذه النصوص Inconclusive؛ وأن تحليل نفسياتهم لن يكم إلى هذه النصوص شيئا نالما.

(١) School Dist. Of Abington Twp. v. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

المبحث الثالث

القانون الطبيعى

١٣١- لا يعتبر القانون الطبيعى نتاج عمل يصدر عن الدولة أو أجهزتها. بل هو مجموعة من القيم السابقة فى وجودها على القواعد القانونية الوضعية. وهى قيم جوهرها العدل، وتعرضها أو تعلنها وثائق الحقوق، ولا تنشأ، وينظر إلى الإخلال بها باعتباره من صور الاضطهاد Opression التى تجب مقاومتها (١). Devoir de résistance à l'oppression.

وكان منطقياً أن تنظر هذه الوثائق، إلى الحقوق الطبيعية، بوصفها حقوقاً لا تتقادم، ولا يجوز للنزول عنها؛ وترقى فى أهميتها إلى حد تنقيسها (٢).

والرجوع إلى النظم القضائية فى القانون المقارن، يدل على تسليمها بأهمية القانون الطبيعى، وأنها تحيل إلى هذا القانون فى كثير من أحكامها (٣) ولم يقتصر دور القانون الطبيعى على بيان الحقوق الأساسية لكل إنسان، ولكنه أعان القضاء كذلك على تحديد مضمونها وبيان نطاق القيود التى يجوز فرضها عليها.

فضلا عن أن الاهتمام بالحقوق الطبيعية، نقلها من وثائق إعلان الحقوق إلى الدساتير ذاتها كص المادة ٤١ من دستور جمهورية مصر العربية التى تنص بأن الحرية الشخصية حق طبيعى.

كذلك تنص الفقرة ٢/ من المادة الأولى من القانون الأساسى الألمانى وفى إشارة منها إلى الحقوق الطبيعية- على أن للمواطنين رمن أجل تأسيس كل جماعة إنسانية، ولضمان صون السلم وتحقيق العدل- حقوقاً لا يجوز انتهاكها ولا إخضاعها للتقادم.

(١) François Luchaire le, "Coneil Constitutionel, Economica, 1980, p. 9.

وتنص المادة الثالثة من الإعلان الفرنسى للحقوق لعام ١٧٨٩ على أن الحقوق الطبيعية للإنسان والتي لا يشملها التقادم، هى الحرية والملكية وضمان مقاومة الطغيان.

(٢) ويبرفر هذا الإعلان كذلك بأن الحقوق الطبيعية للإنسان لا تقبل التصرف فيها Inaliénables وإلها كذلك حقوق مقدسة Sacrés.

(٣) Charles Debbasch- Jacques Bourdon- Jean Claude Ricci, Jean- Marie, Pontier Droit constitutionnel et institutions politiques, 3 e édition, pp. 4-5.

وبالغ المؤيدون للقانون الطبيعي إلى حد القول بأن ما تقره السلطة التشريعية أو تصدره السلطة التنفيذية من النصوص القانونية، لا يزيد على أن يكون مجرد تعبير عن مفاهيم القانون الطبيعي؛ وأن وجود هذه النصوص أو غيابها القانونية، رهن بتحقيقها لهذه المفاهيم، وإلا تعين إدارتها بحد تعارضها معها.

وهو نظر غير سديد. ذلك أن سلطة الدولة تخولها إقرار النظام في إقليمها من خلال قواعد قانونية تصوغها بنفسها، وتواجه بها الأوضاع التي تحيط بها، وتكفل من خلالها صون حقوق الأفراد على الأشياء التي يتقاسمونها. كذلك حرص القانون الطبيعي على صون وجود الدولة من المخاطر الحالة الظاهرة التي تحيط بها وتهدها.

على أن المؤيدين للحقوق الطبيعية عضدوا رأيهم بالقول، بأن الناس منذ خلقهم كانوا أحراراً؛ وأن ضمانهم لحريتهم جعلهم على الدخول في عقد اجتماعي يكون منها حللتهم البدائية، ومنتهياً إلى تأسيس السلطة السياسية التي تكفل لحقوقهم ولحرياتهم ضماناتها التي ما نزل الأفراد عن شيء منها، إلا بقصد تحقيق التماسك الاجتماعي لهذه السلطة.

وفيما عدا هذه الدائرة المحدودة للطلق، فقد احتفظ المواطنون لأنفسهم بتلك الحقوق والحريات التي لا يجوز للسلطة السياسية أن تمسها. وما وثائق إعلان الحقوق غير ترديد لحرياتهم ولحقوقهم هذه.

والفقهاء والقضاة الأمريكيون يرجعون كثيراً من مفاهيم الدستور الأمريكي إلى القانون الطبيعي (١) - وهو قانون يقوم في مجمل أحكامه على حقائق العدل التي يدركها العقل - وهم يؤيدون رأيهم قائلين بأن كافة الحقوق التي أدرجتها في صلبها الوثائق الأمريكية لإعلان الحقوق، لها جذورها من القانون الطبيعي (٢)، وأن لغتها في التعبير عنها، هي أنها حقوق طبيعية لا يجوز النزول عنها، أو التعامل فيها؛ وأن الحقوق التي نصفها اليوم بالحقوق الأساسية fundamental Rights، جميعها حقوق نظر إليها آباء الدستور The Framers بوصفها من الحقوق الطبيعية التي يندرج تحتها، حرية

(1) The Debt of American constitutional Law to Natural Law Concepts, 25 Notre Dame law 258 (1950); Hains, Law Nature in State And Federal decisions, 25 Yale Law Journal, 617 (1916).

(2) Antjeau, Rights of our Fathers, Coiner Pub., Vienna, Va (1968).

الاتصال والانتقال والاجتماع^(١) وحقوق الملكية، وحق البدن في التحرر من القيد غير المبررة، والحق في الحياة وفي تكامل الشخصية، فضلاً عن حرية العقيدة التي لا تخول أحدًا حرمان غيره من تولى وظيفة مدنية بالنظر إلى العقيدة التي دخل فيها.

وهي بعد حقوق لا يجوز للدولة أن تخل بها، ولو بقانون صدر عن أغلبية برلمانية. ذلك أن الطغيان *Depotism* هو الطغيان. وما يوجه للنظم القانونية في الدول الديمقراطية، ويجعلها أدخل إلى مفاهيم القانون الطبيعي، هو إنصافها.

بل إن الوسائل القانونية السليمة في تطبيقها المعاصر، تبلور في حقيقتها مفاهيم القانون الطبيعي التي يقارن الإخلال بها جزء من الدستور. وهو بذلك ينتظم قواعد مبدئية خلقية غائرة في التقاليد، عميقة في الوجدان، إلى حد إلحاقها بالحقوق الجوهرية التي تظاهرها الحقائق التاريخية في النظم المدنية^(٢).

بما مؤده اتصال القانون الطبيعي بموازين الحق والعدل التي تتوارثها الأجيال، وكذلك بالتقويم التي تنقهما لدول الديمقراطية فلا تطحنها بقوتها لتظل يدها بعيدة عن كل إخلال غير مبرر بالحق في الحياة أو بالحرية أو بالحق في الانتقال، أو بالحق في تحرير البدن من القيود الجائرة للقبض أو الاعتقال، وكذلك بالحق في ألا يشهد الأشخاص -جبراً- على أنفسهم بما يدينهم.

(١) الحق في الاجتماع لأغراض سليمة كان سابقاً على وجود النسق ذاتها، ومكفولاً من الأمم المتحضرة جميعها باعتبارهم من الحقوق التي لم يكتفها أحد لغيره. ويلاحظ أن الحقوق الطبيعية تطورت منذ منتصف القرن السابع عشر من خلال مدرسة القانون الطبيعي، ثم اعتنقها ودعمها الفلاسفة الفرنسيون في القرن الثامن عشر من أنصارها لوك وجان جان روسو.

Jacques Robert, *Droits de L'homme et Libertés Fundamentales*, 6 e édition, pp. 34-35.
(2) Snyder v. Massachusetts, 291 U.S. 97 (1934); Solesbee v. Balcom, 339 U.S. 9 (1950);
Hains, *Revival of Natural law*, Cambridge (1930), p. 347.

المبحث الرابع التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم

١٣٢- التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم -تشريعيا كان أم قضائيا، تراث للبشرية فى مجموعها، لا تعزل الدول المعاصرة نفسها عن محتواه، ولا تضيق به أو تحجبه كلية. ولكنها تستلهمه فى خطاها، بشرط اتفاق القيم التى يقوم عليها هذا التنظيم، أو تقاربها، مع مفاهيم الدول التى تتأثر بها.

ويظهر ذلك بوجه خاص فى الدول الغير لائى التى يكون لكل ولاية فيها دستورهما الخاص بها.

ذلك أن المحكمة العليا الاتحادية للولايات المتحدة الأمريكية تعطى للتفسير الصادر عن الولاية فى شأن دستورهما الملحق، وزنا كبيرا فى مجال تقييمها لمدى اتفاق هذا الدستور، أو قوانين الولاية مع دستور الاتحاد.

بل إن وصفها لبعض الحقوق بأنها أساسية، يعتمد على نظرة كل ولاية لهذه الحقوق وتقييمها لخصائصها، وإن كان لا يجوز أن تنقيد بنظرتها هذه فى كل الأحوال، بل عليها أن تصدر أحكامها على خلافها، كلما كان ذلك ضروريا أو ملائما^(١).

ولئن قيل بأن الاعتماد على التنظيم المقارن، يفترض توفقا مع للنظم القانونية التى تتأثر به، أو على الأقل تقاربها فيما بينها من النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، إلا أن وحدة هذه النظم أو اقترابها من بعضها، لا تشترط فى مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين التى تكمن أكثر للدول بها، وترأها خطأ واضحا لردع كل عدول على حقوق الأفراد وحرياتهم.

هذا فضلا عن أن ركاز هذه الرقابة فى مسائلها على نظام القيم لا تختص به دولة دون أخرى. وإنما يسمها جميعا من منظور صونه كرامة الإنسان وأمنيته، فلا تنفرد مفاهيم الدول فى هذا الشأن، ولكنها تتلاقى مع بعضها البعض، وهو ما دعا القاضى Frankfurter إلى أن يقرر بأن شرط

(١) فى قضية [Wolf v. Colorado 338 U.S. 25, (1949)] لم تلزم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، الولايات الأعضاء فى الاتحاد باستبعاد الدليل الذى يتأتى من مصدر غير مشروع بالنظر إلى اتجاه الولايات إلى إعمال هذا الدليل، ثم ألزمتها المحكمة العليا بذلك باستبعاد كل دليل غير مشروع من المحاكمة الجنائية. وذلك فى قضية:

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

الوسائل القانونية السلمية لا يتحدد مفهومه إلا على ضوء ما يعتبر حسناً ومنصفاً، مفضياً إلى قيم العدالة التي تبنتها الدول الناطقة بالإنجليزية(١).

ويظهر التوافق بين الدول بصورة أعمق على صعيد قواعد القانون الدولي التي تطبقها جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك إن الأمم جميعها تظلمها الأسرة التي تجمعها، وحقوق أعضائها متكافئة فيما بينها، وعلى الأخص في نطاق تحديد ما يقع في إطار الشؤون الخارجية من مسائل، وما لا يندرج تحتها(٢).

كذلك فإن الأوضاع التي استقر عليها العمل في بلد ما، قبل وبعد إقرار نصوص دستورها Long settled and established practice قد تكل بامتداد زمنها، وإطراد القبول بها، على اتجاه عام توافق أفراد الجماعة عليه، وصار مقيداً لها في مجال تفسير الدستور.

ولا تقل الحقائق التاريخية في وزنها ودلالاتها، شأننا عن تقاليد الجماعة وثوابتها، وما استقر عليه العمل في محيطها. ذلك أن جميعها تقدم لنصوص الدستور التي لا تتعارض معها، عناصر تعينها على بلورة معانيها، وتؤثر بوزنها فيما ينبغي أن يكون عليه التفسير المنطقي لها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تمد بصرها إلى الفقه والقضاء المقارن في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وأن يكون عقلها مفتوحاً كي تأخذ من التنظيم المقارن الفضل اجتهداته في كل عصر، خاصة إذا كان هذا التنظيم نهراً ثرياً بقيم الحل المتكفلة في عطائها، والتي لا ينقطع جريانها عبر الحدود الإقليمية على اختلافها.

وقد كان هذا النظر محل اعتبار المحكمة الدستورية العليا التي أطرد قضاؤها على أن حقوق المواطن وحرياته في مصر، لا تتحدد مفاهيمها إلا على ضوء مستوياتها التي درج العمل في الدول الديمقراطية على انتهاجها في مظاهر سلوكها وطرائقها في الحياة(٣).

(١) Rochin v. California, 342 U.S. 165, 169 (1952).

(2) Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942).

(٣) 'دستورية عليا' - قضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية 'دستورية' - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٩

وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الخامس

المصادر المرفقة

١٣٣- قد لا ينص الدستور على اختصاص السلطة التشريعية في موضوع معين، ولكنها تتخذ من خلال تشريعاتها، موقفا يدل على إثباتها هذا الاختصاص لنفسها، فإذا أقرتها السلطان التنفيذية والقضائية على مملكتها، وكان العمل قد دل على إطراد ممارستها لهذا الاختصاص -كسلطتها في إجراء تحقيق برلماني في المسائل التي تريد تحريرها وقفا على حقيقتها إذا لم يكن الدستور قد خولها هذا الاختصاص بنص فيه- فإن إنكاره عليها لا يعد تفسيرا صحيحا للدستور.

ولا كذلك أن يكون موقفها من اختصاص معين، نالقا أصلا لدعاء لنفسها، أو كان دالا على تعثرها في مجال توكيده؛ ولو تقرر بقانون ظل نافذا مدة طويلة. إذ الأصل ألا شأن لتشريعاتها في ذاتها -ولما كان مضمونها- بما ينبغي أن يكون عليه تفسير الدستور.

المبحث السادس

دروس التاريخ ومعطيات القانون العام

١٣٤- القانون العام The common law قانون غير مدون أصلاً، يبلور مجموعة من القواعد القانونية التي اطرد تطبيقها. وهو أسبق وجوداً من الدساتير ذاتها، خاصة في الدول الوليدة التي تكون شعبها من مهاجرين، نزحوا من دولهم الأصلية، حاملين معهم تراثها وقيمها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحرية التي صار الإيمان بها وبمتطلباتها، عقيدة لا يسترحزون عنها، ويقسمون عليها تصرفاتهم جميعها.

وكان منطقياً أن تركز دساتير هذه الدول، القيم التي اعتنقها القانون العام في دولهم الأصلية، وأن يحرص آباء الدستور -الذين نقلوا هذه القيم عن ذلك القانون- على إدراجها في صلبه، بعد أن بهرتهم برقيها وتساميها وتلاقيها مع القيم التي تبنتها الدول المتحضرة.

ومن ذلك شرط الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الإجرائية، التي كثيراً ما يحال في فهم مضمونها إلى تطبيقاته في دول القانون العام^(١). مما جعل نطاق الوسائل الإجرائية المتخذة ضد شخص معين، مع نظيراتها في دول القانون العام، شرطاً لصلاحها^(٢).

فالتقيض على الشخص أو احتجازه، لا يكون مشروعاً، إلا إذا كان معقولاً على ضوء مفاهيم الحرية التي كرسها القانون العام بوصفها غاية نهائية، وتعبيراً حقيقياً عن ضوابط ينبغي أن يؤكدتها الدستور في مجال ضمانه للحرية الشخصية التي تعامل بوصفها من الحقوق الطبيعية التي لا نزاع فيها.

ولا يجوز بالتالي انتظار إلى شروط التقبض والاحتجاز التي ينص عليها الدستور، باعتبارها بدعة أتى بها. ولكن الدستور بسطها تأكيداً لقيم عليا درج عليها القانون العام، متوخياً بها إبطال كل

(1) United States v. Wong Kim Ark 169, U.S. 649 (1898).

(2) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

McGrain v. Daugherty, 273. U.S 135 (1927)

بأن النص في الدستور على عدم جواز التقبض غير المبرر ليس مبداً جديداً، وإنما هو تأكيد وحفاظ على قاعدة من قواعد القانون العام تصل إلى مرتبة التقديس

Affirming and preserving a cherished rule of common law designed to prevent the issue of groundless warrants.

إنّ بالقبض أو الاحتجاز، لا يكون مبرراً^(١)، خاصةً كلما كان تطبيق هذا القانون في إحدى السدود قبل حصولها على استقلالها، أمراً واقعاً في حياتها اليومية؛ وكان واضحاً أنّ مفاهيم هذا القانون قد أدركها رجال صاغوا دستوراً؛ فلا يكون هذا القانون إلا مثلاً في أذهانهم غائراً في وجدانهم، معبراً عن أعرافهم التي درجوا على اتباعها والنزول عليها.

وكان منطقياً بالتالي أن تفسر سلطة رئيس الجمهورية في مجال إرجاء تنفيذ عقوبة الإعدام، أو العفو عن العقوبة بوجه عام، على ضوء دلالتها عند إقرار الدستور، مع تحفظ هام موداه أن الوَسْطَل للقانونية السليمة، لا تتحدّد مفاهيمها في كلّ الأحوال على ضوء القانون للعام بما يحول دون تطوير معانيها، وعلى الأخصّ كلما كان تعمّق مفاهيم هذا القانون في موضوع معين، يدلّ على بداليتها؛ وكان الدستور قد نقضها من خلال حقوق أفضل كفلها بقصد استبعاد القانون للعام في مجال تطبيقها^(٢).

وهو ما يقع على التحديد، كلما كان هذا القانون مبلوراً ما كان قلائماً في قرون ماضية من القيم المهجورة التي تقتضى تقرير قاعدة قانونية على خالفها، وتكون في مضمونها أكثر تواءماً مع القيم الأكثر إنسانية في جماعة ناضجة.

وتحيل جهة الرقابة على الدستورية أحياناً إلى الحقائق التاريخية -سواء في ذلك ما كان قائماً منها قبل صدور الدستور أو بعد إقراره- بوصفها مدخلاً لفهم أفضل لنصوصه، خاصةً إذا كان أفراد تطبيقها، قد دلّ على أنّها جزء من التقاليد الراسخة في بلدها.

ومن ذلك سلطة حكم الولاية في العفو عن العقوبة في نطاقها الإقليمي، وسلطة الولاية في أن تكبر شؤون الملاحة في موانئها^(٣).

(١) McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135 (1927).

(٢) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أنها لو أخذت بمفاهيم القانون العام التي كان معسولاً بها في إنجلترا في النصف الأول من القرن السابع عشر، لفرضت هذه المفاهيم نفسها على القضاء الأمريكي كحزمّة لا تكافئ منها إلا بتعديل الدستور الأمريكي.

Twining v. New jersey, 211 U.S. 78 (1908).

(٣) Solesbee v. Balkcom, 339 U.S. 9 (1950); Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia. 53 (U.S. 299 (1851)).

المبحث السابع

القيم الخلقية للجماعة النابعة من ثقافتها

The Shared Ethical Values of the Culture.

١٣٥- كذلك فإن قضاء جهة الرقابة على الشريعة الدستورية، كثيراً ما يُدخلون في نصوص الدستور التي يقومون على تطبيقها -بوعى منهم أو بغير وعى- معاني يستمدونها من القيسم التي يشاركون فيها أبناء وطنهم، والتي بلورتها ثقافتهم.

ذلك إن النظم القانونية جميعها إما تعمل وفق أوضاع تتفاعل معها، ووفق نماذج للقيم Value Patterns تستقيها من نظامها الاجتماعي.

وتأخذ النظم القانونية بالتالي فيض عطاء مجتمعاتها كحقائق معلّم بها، وتولى اعتبارها كذلك للقيم التي أفرزتها ثقافتها. ويندرج تحتها ما يكون ضرورياً من هذه القيم لتحديد مفهوم العقوبة الموعدة في فحشها أو انحطاطها حتى لا نضل أراءاً لأفكار حملتها معها قيم الماضى البعيد التي تتأقش رقى الجماعة وتعارض نمو مداركها.

كذلك فإن قيم الجماعة التي بلورتها ثقافتها، والتي تريد مفاهيمها إلى القيم المعاصرة -الخلقية والنفسية والتفضيلية- هي التي ينبغي أن تعول عليها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل في كثير من المسائل الدستورية؛ كاعتبار المطبوع ماجناً أو غير داعر (١) وكتحديد القواعد التي يعامل على ضوءها الأشخاص الذين أصابهم عارض الجنون بعد الحكم بإعدامهم..

وكذلك تقرير حق كل جهة قضائية في أن تختار بنفسها القواعد الإجرائية التي تراها منصفة عند الفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها، ما لم يكن إعمالها لهذه القواعد مناقضاً لمبادئ العدل لها من استقرارها في ضمير الجماعة، ورسومها في تقاليدها، ما يرقى بها إلى مرتبة المبادئ الجوهرية (٢) المعتبرة قاعدة في كل تنظيم من طبيعة مدنية أو سياسية.

ولا يجوز بالتالى أن تتخذ السلطة موقفاً مصادماً للضمير الجمعى، كتعيبها أفراداً احتجزهم للحصول على اعترافهم بالجريمة؛ ولا أن تناهض المفهوم الشامل للشعور بالعدل كإكثار حق القسواء فى الحصول على مشورة محام فى القضايا الجنائية؛ ولا أن تنقض سياسية قومية لها جنورها من

(1) Rplh v. United States. 354. U.S. 476. (1957).

(2) Synder v. Massachusettes. 291 U.S. 97 (1943).

القيم المائدة في الجماعة، كنهديها عن صور التمييز العنصرية في توجهاتها، ورقضها نماذج الدعارة على تباين أشكالها.

واعتبار هذه القيم مصدرراً للشرعية الدستورية، مؤداه أن التكليل عليها إثباتاً لوجودها، حق للدفاع في كل خصومة قضائية يرتبط الفصل فيها بتلك القيم، التي كان أثرها بعيداً على القضاء حتى في الأزمان البعيدة^(١).

والرجوع إلى قيم الحق والعدل التي لا تتحول، والممتدة آفاقها إلى غير حد Sember ubique والمعتبرة من التقاليد الغائرة في أعماق الضمائر إلى حد معاملتها كقيم جوهرية لا يجوز النزول عنها، من العوامل المؤثرة في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها.

وإذا كان الأصل في تطبيق القضاء للقانون أن يكون موضوعياً، وألا يزلق أحدهم في مجال إنفاذه إلى آمال بقدر ضرورة تحقيقها، أو إلى وجهة نظر فلسفية يستقها؛ إلا أن ما يراه المواطنون صواباً، ينبغي أن يشكل إطاراً لتلك القيم التي لا يجوز تجاهلها عند الفصل في المسائل الدستورية.

وكثيراً ما يعبر القضاء عن القيم المشار إليها، بأنها تلك التي تقتضيها الجماعة التي تدل بنحسها Decency وآدابها، واللائق من مظاهر سلوكها، على مدنيته وتحضرها.

وقد كان من شأن الأهمية التي بلغتها القيم التي تتوافق عليها الجماعة، أن مزجها القضاء بالدستور، بعد أن عاملوها بوصفها تعبيراً مختصراً Compendious Expression عن تلك المفاهيم المتطورة التي لها من مرونتها وتوسعها وعمومها، ما يحول دون تقنينها، ومن لختلاجها بأعق مشاعر الجماعة ومتطلباتها، ما يعارض وصفها بالقيم الشخصية. إذ هي قواعد كلية تنظم مجموع الحقوق الجوهرية لمواطنيها، والتي لا تبدل عن ضمانتها بما يكفل حيويتها، ولتساوقها مع زمنها.

١٣٦- وإذا قيل بأن قيم الجماعة سرعان ما تتغير، وأن القضاء في زمن ما، وعلى الأخص إذا بلنوا من الكبر عتياً، قد يتخون من هذه القيم موقفاً رجحاً يناقض مستوياتها المعاصرة؛ إلا أن القضاء في كل عصر، لا يجوز أن يصنعوا بأنفسهم قانوناً لا يبلور القيم المائدة في مجتمعهم، وإلا

(١) في عام ١٨١٩ قررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن شرط الوسائل القانونية الواجب اتباعها، يؤمن

الفرع ضد تحكم السلطة

Bank of California v. Okely (1819, U.S.) 4 Wheat 235.

كان على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تعطى لنصوص الدستور معاني تدل بوضوح على تبنيها للقيم الخلقية الغالبة في الجماعة، تقييداً بأن واجبها في مجال صناعة القانون، يقتصر على مجرد تفعل هذه القيم التي لا تفصل بين الجماعة ومعتقداتها، وإنما تحدد لها طريقاً عليها ألا تتجاوزها^(١).

r

Judge - made law reflects usually the dominant beliefs of the community as to what ought to be.

(1) Swisher, "The growth of constitutional power in the United States" (Chicago, 1946) p. 217.

المبحث الثامن

الخبرة اللازمة للقضاة والمفتين

١٣٧- قد لا يلتزم للقضاة دوماً بقوم الجماعة، ولا يعملون من أجل إرسائها من خلال أحكامهم، ولكنهم يحورونها أو يبدلون على ضوء قيم خاصة بهم يفرضونها في نطاق الخصومة القضائية التي تطرح عليهم.

وقد يكون لفر من بينهم فلسفة متميزة اكتسبها خلال فترة توليه للوظيفة القضائية، وكان لها أثرها في آرائه وتوجهاته أثناء مباشرتها.

وربما كان أكثر للقضاة خبرة، أبلغهم في التعبير عن القيم التي يتصورها نهجاً أفضل للحياة.

كذلك فإن لكل خبرة قضائية وزنها وأثرها في قرار جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا يتصور مع تخلفها، أن يكون أداء هذه الجهة فاعلاً، ولا أن يكون للقاضي مكانة أياً كان قدرها، إذا كان يعمل بغير اقتناع، أو بطريقة سلبية، أو على نحو يكون فيه مخادعاً، متجاهلاً خصائص الوظيفة القضائية ومتطلباتها.

ويظل وهما ما يقال من أن للقضاة بوسعهم الانفصال عن خبراتهم السابقة التي تشكل خلفية تتحدد على ضوءها قراراتهم في المسائل الدستورية التي يبحثونها.

فالذين آمنوا بالأفكار الرأسمالية كجزء من عقائدهم، قلما يحدون عن الدفاع عنها. بل يصوبونها في الآراء التي يبدونها. ولا تزيد قراراتهم عن أن تكون أصداء لفلسفة طبيعتهم بمذهبها وصاغتهم على نمطها، وهم يساندونها بمبادئ قانونية يبتدعونها، أو يستمدونها من أئوال لفقهاء، أو حتى ممن السوابق القضائية ذاتها. فلا يكون تصورهم للطول القضائية، إلا استلهاماً لمفاهيم سابقة عندهم، ثم التماس دعائم تكفي لحملها، ولو من مصادر خارجية(١).

(1) Jérôme Frank, "Law and the Modern Mind" [N Y 1930] p.104.

فالمحامون الذين يرفعون دعوى في شأن حقوق الملكية الخاصة، يكونون أكثر ثقة في مصير دعواهم إذا كان القاضي الذي يفصل فيها متصيحاً لهذه الحقوق.

والمحامون أنفسهم يفضلون الظهور أمام قضاة يعرفون ملفا دعمهم الحقوق التي يطلبونها ويناضلون لاقتضاها^(١).

ذلك أن القضاة يختلفون فيما بينهم في مجال القيم التي ينتصون لها، فقد يحل قاض عن بعض القيم الشخصية التي كان حريصا على تطبيقها، مغلبا عليها المفهوم الاجتماعي للقيم.

وقد يؤمن أحد للقضاة بأن حرية العقيدة مكانة تسو بها على سواها. ومنهم من يكون معنيا بشكل خاص بعناصر تكامل الشخصية التي يقدمها على كل اعتبار آخر.

وقد يكون انحياز القاضى إلى رفض أشكال التمييز العنصرية في طبيعتها، ناجما عن تجربته الشخصية.

وقد يرتبط قاض بقوة بمبدأ الحماية للقانونية المتكافئة، أو يكون مدافعا عنيدا عن حرية التعبير وحرية الاجتماع، أو خصما لكل القيود التي تفرضها السلطة على حرية التنقل، أو مناهضا لأخذ الملكية من أصحابها من خلال تنظيم تشريعى يجردها عملا من قيمتها الاقتصادية، أو يهبط بصفة جوهرية بهذه القيمة إلى حدود لا يجوز التسامح فيها.

ويظل ثابتا أن القضاة في كل عصر، لا يدنون في أحكامهم غير القيم التي ينصونها أكثر صوابا - ما كان منها شخصا أو اجتماعيا - وهم يصوغون لهذه القيم معانيها التي يرونها أكثر تعبيراً عنها، وأولى حماية لها.

ذلك إنهم لا يتوخون مجرد الدفاع عن قيم بعضونها، ولا التمسير عن فهمهم لضرورتها بكل عبارة يختارونها، ولكنهم يحرصون على تثبيتها إلى حد القتال من أجل إرسالها، ويتدرون أن أولويتها على ما عداها، شرطها أن تتوافر لها من ضماناتها لقواها، ومن وسائل تنفيذها أكثرها صرامة.

بل إن مجموعة القيم التي ينحاز القضاة لها، تتدرج مراتبها في أذهانهم، فمنهم من يقدم التقييم الجمالية على غيرها.

(1) Carr, The Supreme Court and Judicial Review (Farrar and Rinehart, N Y, 1942) p.233.

وعند غيرهم تكون لحرمة الملكية الخاصة منزلتها التي تصل إلى حد تقديسها، فلا يكون دفاعهم عنها إلا عقيدة لا يتحولون عنها.

ومنهم من يؤمن بضرورة الفصل بين الدولة والدين إلى حد اعتبار كل معونة تقدمها الدولة إلى المعابد الدينية تدخلًا في حرية العقيدة مخالفًا للمستور.

وقد تكون حرية المشروع الخاص عقيدة مذهبية يؤمن قاض بها إلى حد إطلاق هذه الحرية من كل القيود التي تحد من حركتها.

والنظرة المتعمقة لأحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تدل على أن قضاتها يرتبطون بوجه أو بأخر ببعض القيم للشخصية أو بفلسفة خاصة يرونها عملاً أكثر صواباً من غيرها.

ويظل أمراً غير مفهوم، عزل هذه الجهة عن قضاتها الذين كان لقوة شخصيتهم أثر هام في مجال تطويرها، ولوزنهم قوة مؤثرة لا تقل شأنًا عن نصوص قاطعة يتضمنها الدستور، ولا عن مبادئ راسخة عززتها السوابق القضائية التي دل ثباتها على استقرارها.

المبحث التاسع

حقوق من الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيره من العلوم

١٣٨- قد تتخذ السلطة التشريعية بعض التدابير في شأن صناعة أو مهنة أو حرفة. فإذا ثار نزاع من خلال الخصومة القضائية حول وطأة هذه التدابير ونقل أعبائها وخروجها بالتالي على الحدود المنطقية اللازمة لضبطها، فإن على جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تصدر حكمها في هذه الخصومة على ضوء ما هو متاح أمامها من الحقائق الاقتصادية التي تحيط بوقائعها، وأن تحصل على معلوماتها في شأن هذه الحقائق من مصادر موثوق بها، إذا لم يكن وقوفها عليها ولقاصا في إطار علمها العام^(١).

وعادة تحصل جهة الرقابة على الدستورية على معلوماتها اللازمة للفصل في الخصومة القضائية المطروحة عليها - ما كان منها اقتصاديا أو اجتماعيا أو أنثروبولوجيا^(٢) - من خبراء ينلون بشهادتهم أمامها؛ أو من خلال تبادل الخصوم لمذكراتهم التي يبرهنون فيها على وجود واقعة بعينها لها أثر على الخصومة.

وكما كان وجود واقعة بعينها، أو مجموع من الوقائع المتضاربة، شرطا لدستورية القانون، وكان الخصوم قد برهنوا على أن هذه الواقعة أو الوقائع لم يعد لها من وجود، تعين على جهة الرقابة على الدستورية، الحكم بعدم دستورية هذا القانون.

كذلك فإن تطبيقها لشرط الحماية القانونية المتكافئة، قد يعتمد على دراساتها الاجتماعية والأنثروبولوجية للفصل في دستورية التمييز بين أجناس بالنظر إلى لونها. كالتمييز بين الطلبة في مدارسهم لاعتبار ينطق بلونهم، وأثر هذا التمييز على صحتهم النفسية والعقلية، ودرجة انتمائهم لوطنهم وإمكان تعايشهم مع الآخرين، والتفاعل معهم من منطلق تساويهم معهم في القدر والاعتبار، ونحو ذلك مما يقدم إلى جهة الرقابة على الدستورية، أو يُطرح عليها، أو تستظهر هي من دراستها، أو من التقارير التي أعدها بعض اللجان التشريعية، أو من لية شهادة يلى بها الأفراد أو الخبراء أمام

(١) Borden's Farm Products Co- v. Baldwin (1934) 293 U.S. 149.

(٢) يقصد بالأنثروبولوجيا علم الإنسان الوصفى من جهة أجناسهم وكيفية توزيعهم وعاداتهم وتقاليدهم وسماتهم البدنية والعقلية.

لجان الاستماع؛ أو لجان تقصى الحقائق، مما يجعل جهة الرقابة على وعى كامل بكل معلومة تراها مفيدة في عملها.

يؤيد ذلك أن القوانين التي تفصل في دستوريته، قد تكون مادتها مسائل علمية خالصة، من بينها ما يكون ضروريا من التكبير لحماية العمال في صناعة التعدين؛ أو لحماية الأجناس من الأعباء التي تلقى على بعضها بقصد تقييد تعاملاتها التجارية؛ أو لتعطيل حقها في ارتداد بعض الفئادق أو دور اللهو. وكذلك ما ينجم عن حرمان مجموع من الأفراد من مكان يأويهم من آثار مدمرة تتفاقم بها أوضاعهم الاجتماعية؛ أو يضاعفها تكديسهم في رقعة ضيقة مع حرمانهم من الحد الأدنى لمتطلباتها الصحية.

وقد يكون من شأن الرهون العقارية والقيود الباهظة التي تحيطها، الإضرار بالمدينين للرهان، بما يؤثر على نمو الاقتصاد وتطويره، ويوجه خاص كلما كلن من أثر هذه الرهون على المشروع، تدميره أو إعجازه عن مواصلة نشاطه.

وتظل جهة الرقابة القضائية على الدستورية دوماً، وكلما كان فصلها في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، يقتضيها الخوض في الحقائق العلمية المتصلة بها، أن تتحرر ~~أما وصولاً~~ لأعمالها، ويصير بجوانبها، وأن يكون إدراكها لها عريضاً متكاملأً.

فالآثار الاقتصادية المترتبة على الاكتماش؛ وأثار تعريض البيئة لمخاطر جسيمة ناجمة عن مصادر مختلفة تلوثها؛ وأثار التمييز بين الطلبة في شروط الالتحاق بالمعاهد التعليمية بالنظر إلى ثراوتهم؛ والآثار الصحية الناجمة عن قصور الخدمة الطبية سواء في أشخاص القائمين عليها أو في تسهيلاتنا، جميعها ينبغى بحثها على ضوء الحقائق العلمية المتصلة بها، والتي لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تخفيها عن هؤلاء الذين يحيزهم أمرها في الخصومة القضائية التي تفصل فيها.

بل عليها أن تنبيههم إلى ما توافر لديها من مادة علمية، وأن تدعوهم إلى مناقشتها، وإبداء رأيهم في شأنها، سواء لتوكيدها أو لنفيها.

فإذا أقام هؤلاء الدليل على أن المادة العلمية التي يرد الاحتجاج بها في الخصومة القضائية، تقتصر إلى ما يحرز صحتها، وأنها لا تدخل في إطار المسائل التي يمكن أن تدركها جهة الرقابة على الدستورية في نطاق علمها العام Matters of common knowledge، فإن تمويل الحكم عليها يكون خطأ فادحاً.

المبحث العاشر

الاهتمام بالآثار التي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعها

١٣٩- لا تفصل جهة الرقابة القضائية على الدستورية في الممائل التي تطرح عليها، دون بصر بالآثار المترتبة على قراراتها في شأنها، بل توازن قبل إصدار أحكامها بين ضرورتها ونتائجها، أخذه في اعتبارها أن أحكامها لا يجوز أن تعرقل الدولة عن مباشرتها لسلطاتها بالكفاءة المطلوبة منها، وأن آثارها الضارة ينبغي توقيها أو العمل على تخفيفها قدر الإمكان، وعلى الأخص في الدول الفيدرالية التي ينبغي أن يكون لكل ولاية أو مقاطعة فيها، قدر من الاستقلال يكفل ذاتيتها، فلا يكون تدخل جهة الرقابة فيما هو خالص من شئونها، إلا عملاً منها عنه دستورياً.

كذلك، فإن اتهام جهة الرقابة على الدستورية بأنها تشرع كثيراً، وتحكم قليلاً فيما تفصل فيه من الممائل الدستورية، يدفعها إلى دحض هذه التهمة -لا عن طريق إصدارها أحكاماً تنفيها، ولا بالتخلي عن تطويرها للدستور وسعيها الدائم لتغيير ملامح مجتمعها- وإنما من خلال السوابق القضائية التي تحيل إليها، لتتخذ منها قناعاً تتخفى وراءه، وكأن الجديد من أحكامها ليس إلا التقديم منها، ترد بها أسداه ماضي صار ملقضيًا.

وأحياناً تصبح جهة الرقابة القضائية على الدستورية -بطريق غير مباشر- عن إدراكها للنتائج المترتبة على أحكامها، من خلال رصدتها لكل الآثار الخطيرة التي تقارن قضاء على خالقها. فإبطالها تشريعاً يقيد حرية التجارة، قد يقترن ببيان المخاطر التي تنجم عن تعويق تنفيذها من خلال الحولجز الجمركية.

كذلك فإن القيود التي تفرضها الولاية داخل الدول الفيدرالية على التجارة عبر أقاليمها، قد تحول دون تنفيذها، بما يثير التنازع بين الولايات بعضها البعض، ويدفعها إلى الردع المتبادل، وأن تتخذ لكل منها تدابير تحول بها دون نفاذ الأخرى إلى أسواقها، بما يضر في النهاية بالاقتصاد القومي بوجه عام، خاصة وأن المكوس العالية التي تفرضها ولاية على وسائل النقل التي تشكل إقليميها، قد تؤدي إلى خفض إيراداتها لا إلى زيادتها، وإلى تغيير هذه الوسائل لاجتماعها، فلا تدخل هذه الولاية، بل تتحول إلى غيرها.

وحتى في الدول البسيطة، فإن فرض الدولة لضريبة في نطاقها الإقليمي، قد يكون مجاوزاً المقرة التكاليف للخاصين لها؛ أو منتهياً إلى تظلم عن نشاطهم المشروع؛ أو جاعلاً مضيقهم فيه

رهقاء أو مستثيرا ردود فعل غاضبية تذل بالأمن القومي؛ أو مذهبيا تعملون الدول اقتصاديا فيما بينها، ومؤديا إلى تبديلها صورا من الردع تتخذ شكلا اقتصاديا.

ولئن حرص قضاء جهة الرقابة القضائية على الدستورية، على إيضاح الآثار السلبية لآتي تنجم عن إبطال النصوص للقانونية المطعون عليها، إلا أنهم أحيانا قد لا يمحسون بالدقة الكافية هذه الآثار، ولا يتأملون بعمق جوانبها. وقد يهملونها بعد وقوفهم عليها، وإن كان واجبهم المبدئى هو تحريها.

وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تدعو الدفاع -إذا لم تكن على يقين من نوع وحدة المخاطر التي قد تقارن حكمها المحتمل فى الموضوع المعروض عليها- كي يحيطها، ولو من خلال خبراء يستقدمهم، بكل المخاطر الاقتصادية والاجتماعية التي يتوقعونها كأثر لإبطال النصوص القانونية المطعون عليها، والتي يكون للتكهن بها من زاوية علمية Scientific Prognosis دالا على رجحان حدوثها.

المبحث الحادى عشر

نصوص الدستور فى لغتها وترتيبها

١٤٠- من القواعد المبدئية فى تفسير الدستور، أن كل كلمة فيه لا يجوز عزلها عن سياقها؛ ولا للنظر إليها باعتبارها كلمة زائدة لا قيمة لها؛ ولا إعطائها معنى يناقض دلالتها الواضحة.

بل تؤخذ الكلمة أو العبارة التى لا يشوبها غموض، والتى لا تعارض أجزاء أخرى من الدستور، على ضوء معناها الطبيعى، وبمراعاة أن الكلمة للوحدة التى تتعدد مواضعها فى الدستور، يبنى فهمها على أنها هى ذاتها فى كل مواقعها، وأن معناها بالتالى واحد فى كل استعمالاتها، وأن لكل كلمة مقاصدها، ولا يجوز بالتالى تجريدتها من كل أثر.

كذلك فإن نصوص الدستور لا تجوز قراءتها بما يخل بتكاملها واتساقها فيما بينها.

ولا يجوز كذلك أن نفترض أن أجزاء الدستور لا ترتبط فيما بينها، أو أن بالإمكان حذفها، أو أن جانباً منها عقيم فى معناه، أو أن أهدافها يناقض بعضها البعض. بل يتعين النظر فى نصوص الدستور بما يوفق بينها؛ وإلى فروع المسائل التى ينظمها باعتبارها نتاج أصولها لضمان تفسيرها بصورة لئق؛ وبمراعاة أن نصوص الدستور فى لغتها وترتيبها، ليس لها دور حاسم فى مجال تحديد أهميتها.

فلغتها وحدها قد لا تضى بحقيقة معناها. وليس لها من قيمة حين تستخلص جهة الرقابة من الدستور، حقاً لا نص عليها فيه.

كذلك فإن ترتيبها فيما بينها، لا يدل بالضرورة على أن النصوص التى تتقدم غيرها، أكثر أهمية من سواها.

ويكون محل نظر بالتالى، تقييم المحكمة الدستورية العليا فى مصر لأهمية مساواة المواطنين أمام القانون - لا على ضوء الآثار السلبية السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى تنجم عن التمييز بينهم بالمخالفة للدستور - وإنما بالنظر إلى أن تساويهم فى المعاملة القانونية مع نظرائهم كان "أول"

مبدأ نص عليه الدستور في بابہ الخاص بحقوق المواطنين وحرياتهم؛ وجاء بالتالى فى موقع الصدارة منها (١).

وليس ذلك إلا ترتيباً لحقوق المواطنين وحرياتهم على أساس مواقعها فى الدستور. حال أن حقوقهم وحرياتهم هذه، لا تتدرج فيما بينها، ولا تفصل عن بعضها، ولكنها تتكامل فى إطار منظومة تجمعها وتتكافأ مفرداتها فيما بينها. فلا يكون كل حق أو حرية، إلا أصلاً أو مدخلاً لغيره أو نتيجة مترتبة على وجوده.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٢٨٠ - ٢٨١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

الفصل التاسع

بين مركزية الرقابة القضائية على الدستورية ونشأتها

المبحث الأول

الخلفية التاريخية للدساتير المصرية

١٤١- يعتبر دستور ١٩٧١، أول دستور في مصر يقر نظاما للرقابة القضائية على دستورية القوانين.

ذلك أن الدساتير السابقة عليه، وبالرغم من اعترافها لكل مواطن بالحقوق والحريات التي أوردتها في صلبها - لم تقم نظاما قضائيا دستوريا- لضمانها بصورة فعلية.

وقد كان دستور ١٩ أبريل ١٩٢٣ أول دستور تحصل عليه مصر بعد إعلان استقلالها، صاغته لجنة من ثلاثين عضوا، ضمنته نظاما برلمانيا حراً وتمثيليا، يكفل لكل مواطن كثيرا من حقوقه وحرياته التي عددها هذا الدستور، من بينها حرية التعبير وحق الاجتماع وحرية العقيدة (١).

إلا أن فؤاد الأول - قد كان سلطانا ثم ملكا على مصر- ألغاه عام ١٩٣٥ بالنظر إلى معارضته الأغلبية الوفدية البرلمانية، وأحل محله دستورا يدعم من سلطاته ويقيها (٢).

ثم ألغى دستور ١٩٣٠ بمقتضى الأمر الملكي رقم ١١٨ الصادر في ١٢/١٢/١٩٣٥. وعاد العمل بدستور ١٩٢٣، إلى أن قرر مجلس قيادة ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ سقوطه وذلك بمقتضى الإعلان الصادر عام ١٩٥٢ عن القائد العام للقوات المسلحة بصفته رئيس حركة الجيش (٣)، ثم إلغاء الملكية في ١٩٥٣، على أن يعمل بصفة مؤقتة بالإعلان الدستوري الصادر عن رئيس مجلس قيادة الثورة في ١٠/٢/١٩٥٣، وذلك إلى حين الموافقة على الدستور النهائي.

(١) صدر هذا الدستور في ١٩ أبريل ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية. وقد نشر في الوقائع المصرية بالعدد ٤٢ [غير اعتيادي] في ٢٠/٤/١٩٢٣.

(٢) ألغى دستور ١٩٢٣ بمقتضى الأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠ بوضع نظام دستوري للدولة المصرية الصادر في ٢٢ أكتوبر ١٩٣٠. وقد نشر هذا الأمر في عدد الوقائع المصرية رقم ٩٨ [غير اعتيادي] بتاريخ ٢٣ أكتوبر ١٩٣٠.

(٣) نشر هذا الإعلان الدستوري في العدد رقم ١٥٨ مكرر [غير اعتيادي] من الوقائع المصرية بتاريخ ١٠/١٢/١٩٥٢.

وقد نص هذا الإعلان على عدد من الحقوق الأساسية لكل مواطن من بينها حرية التعبير وضمان الحرية الشخصية وحرية العقيدة واستقلال السلطة القضائية^(١).

ثم عُهد إلى لجنة من خمسين عضوا بإعداد الدستور النهائي، وكان من بين النصوص التي أقرتها وضمنتها مشروعاتها، إحداثها لرقابة قضائية على دستورية القوانين تقوم عليها محكمة عليا تتولى كذلك محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء، وتباشر دور محكمة التنازع للفصل في مسائل تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية المختلفة، وكذلك فيما يقع من تناقض في أحكامها النهائية، فضلا عن مسألة بالغة الأهمية في مصر، هي الفصل في دستورية انتخاباتها البرلمانية.

ولكن الرئيس جمال عبد الناصر -الذي قبض بيده على السلطة آنذا- لم يقبل مشروع هذه اللجنة، وأحل محلها لجنة أخرى عين هو أعضاؤها، وعهد إليها بمهمة عمل دستور جديد. وكان دستور ١٦ يناير ١٩٥٦ هو ذلك الدستور الذي وفق عليه في استفتاء عام، كغلا للمواطنين لأول مرة- حقوقا اقتصادية واجتماعية فضلا عن حقوقهم المدنية والسياسية، ومنهيا التعددية الحزبية، مقيما محلها حزبا حكوميا وحيدا^(٢).

~~ظل هذا الدستور معمولاً حتى انقلاب الوحدة بين مصر وسوريا عام ١٩٥٨، فصدر للدولة~~
الويدة -وهي الجمهورية العربية المتحدة - دستور ينظمها في ١٩٥٨/٣/٥، على أن يكون دستورا مؤقتا. وليس في هذا الدستور- المكون من ٧٣ مادة- إلا أقل القليل من النصوص التي تكفل حقوق الفرد وحرياته^(٣).

وبانفصال مصر عن سوريا، دعا الرئيس جمال عبد الناصر إلى مؤتمر وطني للقوى الشعبية في مصر.

وقد أقر هذا المؤتمر في عام ١٩٦٢ ميثاقا وطنيا منشأ حزبا حكوميا وحيدا هو الاتحاد الاشتراكي العربي، وكغلا للعمال والفلاحين لأول مرة- عددا من مقاعد المجالس النيابية لا يقل عن نصفها.

(١) نشر هذا الإعلان بتاريخ ١٠/٢/١٩٥٣ في عدد الوقائع المصرية رقم ١٢ مكرر ب [غير اعتيادي].

(٢) هو الاتحاد القومي. ويلاحظ أن دستور ١٩٥٦ نشر بالوقائع المصرية -العدد ٥ (مكرر) غير اعتيادي بتاريخ ١٦ يناير ١٩٥٦.

(٣) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية - للعدد الأول بتاريخ ١٣/٣/١٩٥٨.

وتلا هذا الميثاق، إعلاناً دستوريا صدر في ٢٧ سبتمبر ١٩٦٢ متضمناً تنظيمًا في شكل دستور للسلطة العليا في الدولة^(١). وأُعيد دستور آخر صدر في ١٩٦٤/٣/٢٤، وعمل به بوصفه دستوراً مؤقتاً، وإن ظل قائماً حتى ١٩٧١^(٢).

ويدل استعراض هذه الدساتير جميعها على أن حقوق المواطن وحرياته التي كفلتها بصورة متفاوتة فيما بينها، لم يدعمها تنظيم خاص يكفل ضمانها بصورة جدية معيّنة في رقابة قضائية على دستورية القوانين، ينشئها هذا التنظيم الخاص ويضمنها.

ولكن القضاء كان يعمل بهذه الرقابة ويضربها قبل أن ينص عليها دستور ١٩٧١.

وكان مجلس الدولة في مصر من أكبر دعائمها - لا بوصفها رقابة مركزية تنحصر في جهة واحدة - وإنما كرقابة لا مركزية تقوم عليها المحاكم جميعها باعتبارها مندرجة بالضرورة في إطار مهمتها الخاصة بتفسير النصوص القانونية جميعها على ضوء دلالتها، وبمراعاة ما بينها من تدرج يكفل السيادة للدستور فوق كل قاعدة قانونية لا نص عليها فيه.

(١) نشر هذا الإعلان في العدد رقم ٢٢٢ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٦٢/٩/٢٧.

(٢) نشر هذا الدستور بالجريدة الرسمية - العدد ٦٩ تلغ (١) بتاريخ ١٩٦٤/٣/٢٤.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين التبول بها وإنكارها

١٤٢- ولم تلق الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر منذ ١٩٢٣ مبادئ رحيبة تجول فيها. ذلك أن بعض الفقهاء ظلوا معاندين لها حتى صدور دستورها للدائم في ١٩٧١. وكانت حججهم في ذلك، هي ذاتها التي ردها فقهاء آخرون في بعض الدول الأجنبية كفرنسا، حاصلها أن السيادة لا تتعد لغير السلطة التشريعية التي تمثل الجماهير في مجموعها، وأن القوانين التي تقرها، هي في حقيقتها القانونية تعبير عن إرادتها، أو هي إرادة الأمة مجمعة *Rassemblement* ولا يتصور بالتالي أن تفرض على السلطة التشريعية التي لها ناصية السيادة ويدها زمامها، رقابة من أي نوع، ولا أن يفترض الخطأ في تشريعاتها التي أقرتها أغلبية حرة بكامل إرادتها (١).

ومن ثم كان القانون في مفهوم هؤلاء الفقهاء، مجرد تعبير عن الميالة الوطنية التي لا تلجأ عليها أية سلطة، ولو كانت هي السلطة القضائية التي ينبغي عليها أن تقتنع بتطبيقها للقانون، دون نظر منها في مضمون قواعده، وإلا كان ذلك عدواناً من جانبها على مبدأ الفصل بينها وبين السلطات التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ ترقى أهميته إلى حد التدريس، ويزيد من صرامته أن السلطة القضائية في مصر -وبالنظر إلى أوضاعها الخاصة- تقتصر إلى الاستقلال الكامل عن السلطة التنفيذية، ولئن يكون تدخلها في عمل السلطة التشريعية إلا تحريفا للإرادة التي تمثلها.

هذا فضلا عن أن القوانين التي تنظم السلطة القضائية، تمنحها من تكويل الأوامر الإدارية أو وقفها. وينبغي عليها بالتالي -وبدلالة الأولى *A fortiori*- ألا يكون لها شأن بتأويل القوانين أو وقفها بقصد إرجاء أو تعطيل تنفيذها.

على أن فقهاء آخرين انتصفوا للشرعية الدستورية بوصفها أداة إخضاع السلطتين التشريعية والتنفيذية -التي لا تباشران غير اختصاصاتهما المنصوص عليها في الدستور وفي الحدود التي

(١) Jacques Rabert, "La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français. Bilan et reformes". R. D. P. 1990, p.1255.

بينها- الرقابة قضائية ترعى تقديمها بهذه الحدود، على أن تقوم عليها جهة قضائية تستقل عنهما، ولا تندمج في إحداهما أو تلحق بها^(١).

ولئن قيل نفيًا لهذه الرقابة بأن القانون والمستور، يبلوران كلاهما الإرادة الشعبية، وأنهما مجرد تعبير عنها، إلا أن الدستور يظل من عمل هيئة أعلى يفترض تمثيلها لأمتها بصورة أكثر عمقًا وشمولًا وثوقيًا، وضمانيها لكل حق أو حرية أدرجتها في الدستور واحدًا بعد الآخر.

فلا يكون الدستور إلا قاعدة لحقوق المواطنين وحرياتهم يتقيد المشرع بها في مجال تنظيمه للحق أو الحرية التي نص الدستور عليها.

هذا فضلًا عن أن السلطين التشريعية والتنفيذية تكينان في وجودهما إلى الدستور. لألتهما مسن خلقه.

ولا يتصور أن تعارض السلطة التي أنبتها الدستور، إرادة الهيئة الأعلى التي أنشأتها فإذا أهدر المشرع قيودًا حد بها الدستور من سلطته التقديرية، كان ذلك إنكاراً لحقيقة أن القواعد القانونية جميعها لا تتحد مراتبها، وإنما يعلو بعضها البعض بالنظر إلى تدرجها فيما بينها، وتساعدنا طبقة فوق طبقة، إلى نهاية بنيانها وذراء، ممثلًا في الدستور.

فصلًا عن أن الذين يتخفون من الرقابة على الشرعية الدستورية، يتجاهلون أن الجهة التي تتولاها، لا تبأشر غير وظيفة قضائية لها أوضاعها وضمانياتها الخاصة، التي لا تحل بسبها محل السلطة السياسية، ولا تقيمها بدلاً عنها، حتى مع القول بأن المسائل الدستورية التي تفصل فيها تخاطبها عناصر سياسية تتأثر بها الطول القانونية لهذه المسائل.

كذلك لا تتدخل جهة الرقابة على الدستورية في نطاق الولاية التي عهد الدستور بها إلى السلطة التشريعية. وليس لهذه السلطة كذلك أن تؤثر بضغطها على قضاء جهة الرقابة الذين يتخفون قراراتهم في شأن المسائل الدستورية التي تطرح عليهم وفق ضمائرهم، وبمراعاة ما يبين القواعد القانونية من تدرج يقدم عليها نصوص الدستور التي تؤكد علو الهيئة التي تبتتها، وتكفل موازنة

(١) تنص المادة ٩٤ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية [٢٣ مايو ١٩٤٩] على أن المحكمة الدستورية الفيدرالية لا يجوز أن تكون جزءًا من السلطة التشريعية الفيدرالية Bundestag التي تمثل الشعب في مجموعه، ولا جزءًا من الحكومة أو أي من تنظيماتها.

الديموقراطية، بضرورة أن يكون استعمال السلطة منحصراً في حدودها الضيقة التي بين الدستور تخومها كضمان يحول دون انحرافها.

هذا فضلاً عن أن محاكم مجلس الدولة تفرض رقابتها على الأوامر الإدارية جميعها -الانتظمية منها والفردية- وتلجها بقدر تعارضها مع القانون، فلا يكون لبطال جهة الرقابة على الدستورية لكل قانون يناقض الدستور، مجافياً للمنطق، ولا منافية للشرعية الدستورية. بل هو إعلاء للدستور على كل سلطة تريد الخروج عليه.

وهو ما دعا بعض المحاكم في مصر، وإلى ما قبل العمل بالدستور الدائم، إلى الامتناع عن تطبيق كل قاعدة قانونية تعد مخالفتها للدستور، سواء لتعلق مطلبها بأوضاع شكلية ينبغي إقرارها فيها، أو بمضمون كان عليها أن توفقه مع نصوص الدستور في محتواها الموضوعي^(١).

ولم ينحسم أمر الرقابة القضائية على الدستورية -ومن خلال الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية المناقضة للدستور- إلا بعد أن أصدر مجلس الدولة في مصر حكماً ذاتاً في ١٠ فبراير ١٩٤٨، مقيماً دعائم هذه الرقابة على صحيح أسسها والتي تحصل أولاً في أن الرقابة القضائية على دستورية قانون أو مرسوم يقانون، لا يمنعها في مصر قانون وضعي، سواء كان عوار النصوص المضمن عليها من طبيعة شكلية أو موضوعية.

وأن الترفع بقاعدة الفصل بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية لإنكار الرقابة القضائية على الدستورية، يقوم على حجة داحضة. ذلك أن قاعدة الفصل هذه، هي التي تقيم للرقابة على الدستورية عمدها؛ لأنها تتوخى حصر نشاط كل سلطة في النطاق المخول لها طبقاً للدستور، فلا تجاوز بأعمالها حدوده.

وما الدستور إلا قانون ينبغي على المحاكم جميعها أن تطبقه باعتباره مترجماً قمة لهم يضم للقواعد القانونية جميعها، وإن كان يفايرها في سموه عليها باعتباره موثق حقوق الأفراد وحررياتهم، وقاعدة الحياة الدستورية في كل جوانبها.

(١) صدر أول حكم يؤيد الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور من محكمة مصر الابتدائية في أول مايو ١٩٤١، إلا أن محكمة استئناف القاهرة ألغت حكمها في ٣٠ مايو ١٩٤٣ مستندة في ذلك إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وإلى أن التحقق من مطابقة القانون للدستور، هو ما تتولاه السلطة التشريعية بمناسبة إقرارها للقانون.

فإذا تعارض الدستور والقانون في مجال تطبيقهما في خصومة قضائية، فليس فسخ الجهة القضائية لهذه الخصومة، لا يكون إلا بتحية القانون حتى لا يحكمها، ليكون الحكم للدستور دون غيره.

وتطبيقا للدستور على القانون على النحو المتقدم، لا يفيد تحديها على السلطة التشريعية، ولا يدل على أنها تشرع بصورة مبتدأ بدلاً منها. ذلك إن وظيفتها القضائية تازمها بمجرد الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، لا إلغاء هذا القانون أو إرجاء تنفيذه، فلا يكون تدخلها إلا لفض نزاع قائم لديها تعارض فيه القانون مع الدستور باعتباره القانون الأعلى (١).

وقد كان من شأن قضاء مجلس الدولة المتقدم بيانه، تولى للمحاكم جميعها -أيا كان موقعها أو طبيعة اختصاصها- سلطة مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال خصومة قضائية تنظرها، وعن طريق دفع فرعى يتعلق بمسائل دستورية لها أثر على النزاع المردد فيها. فلا يكون الفصل في المسائل الدستورية المتصلة بالخصومة القضائية، إلا سابقاً على الفصل في موضوعها. ومع ملاحظة أن تطبيق الدستور بدلاً من القانون عند وقوع تنازع بينهما، مرده أن إلغاء أية محكمة لقانون قائم، لا يكون إلا بنص صريح في الدستور.

فإذا خلا الدستور من نص يخولها هذا الاختصاص، فليس أمامها إلا الامتناع عن تطبيق القانون في النزاع المعروض عليها، وإن كان حكمها فيه لا يقيدتها هي نفسها في نزاع لاحق، ولا يلزم غيرها به، ولو في نزاع مماثل.

(١) راجع في ذلك حكم مجلس الدولة في ٣٠ يونيو ١٩٥٢، مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة السادسة ص ١٦٦.

المبحث الثالث

رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور

١٤٣- تمثل رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور، تطورا محمودا في اتجاه دعم الرقابة غير المركزية على الدستورية، إلا أن كثرة عيوبها جردتها من أهميتها.

ذلك أن ما كان يعيبها بوجه خاص هو افتقارها إلى معايير موحدة تقاس على ضوئها دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ وتفرقها بين المحاكم جميعها؛ وتناقض أحكامها فيما بين بعضها البعض، وحتى داخل المحكمة الواحدة.

فضلا عن نسبية آثارها. ذلك أن الامتناع عن تطبيق القانون في خصومة بذاتها، لا يفيد تجريده من آثاره بصفة كاملة ونهائية، بل تظل آثاره جميعها قائمة ونافذة فيما عدا الدائرة المحدودة التي نحي هذا القانون عنها، وهي دائرة الخصومة القضائية التي أهدر فيها تطبيقه.

المبحث الرابع

إنشاء المحكمة العليا كجهة قضائية تتركز فيها الرقابة على الدستورية

١٤٤- وقد ظل امتناع المحاكم عن تطبيق القانون المناقض للدستور معصولا به، إلى أن صدر القرار بقانون ٨١ في ١٩٦٩/٨/٣١، منشئا محكمة عليا تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين (١).

وقد اقترن إحداث هذه المحكمة -وقد تم تنفيذها لبيان ١٩٦٨/٣/٣٠- بصور قرار آخر يقتلون عزل عددا لا يستهان به من القضاة عن طريق تهنيئتهم من مواقعهم القضائية، سواء بنقلهم إلى جهة غير قضائية، أو بإنهاء خدمتهم بصفة نهائية؛ مما أحاط للمحكمة العليا الوليدة بصورة قاتمة منذ إنشائها، جعلها تبدو كخطوة مقصودة -لا لتأكيد الشرعية الدستورية ودعم حقوق المواطنين وحرياتهم- وإنما كإداة في يد السلطة التنفيذية توجهها لتحقيق أغراضها في التحول الاجتماعي، وكذلك لامتناع ما نجم عن عزل القضاة من مشاعر غاضبة.

وكان منطقيا بالتالي ألا يتقبل الوسيط القضائي وجود المحكمة العليا بحسن نية، وأن ينظر إليها مستربيا. فلا يطمئن لأحكامها ولو كانت صحيحة في ذاتها، خاصة بعد انتزاعها سلطة قاضي الموضوع في الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور؛ وتخويلها دون غيرها سلطة إبطال القوانين المخالفة للدستور، لا مجرد الامتناع عن تطبيقها.

وقد كان إبطال المحكمة العليا للقوانين المخالفة للدستور مؤداة تجريدتها من قوة نفاذها وإعدامها. وهي سلطة لا يجوز أن تتولاها المحكمة العليا بغير نص في الدستور. فإذا خولها إياها قرار بقانون صدر عن رئيس الجمهورية، كان هذا القرار مخالفا للدستور.

ولمواجهة هذه الصعوبة حرص الدستور الدائم لعام ١٩٧١ على أن يضمن على ممارستها لذلك الاختصاص شرعية استثنائية، وذلك بما نص عليه الدستور في المادة ١٩٢ من أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

(١) الجريدة الرسمية -العدد ٣٥ مكرر في ١٩٦٩/٨/٣١ وقد اكمل هذا القرار بقانون، بقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ المتعلق بالإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا والذي نشر في العدد ٢٥ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٠/٨/٢٧.

المبحث الخامس

لتبسيط ولاية المحكمة العليا على التشريعات جميعها

١٤٥- على أن قانون المحكمة العليا، وإن عهد إليها دون غيرها باختصاص الفصل في دستورية القوانين بمعنى الكلمة، وقصر ولايتها على هذا النطاق وحده في مجال مباشرتها للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية؛ إلا أن حكمها الصادر في ٣ يوليو ١٩٧١ في القضية رقم ٤ سنة ١ قضائية عليا "دستورية" بسط رقابتها هذه، على القواعد القانونية جميعها، بما في ذلك تلك التي تصدر عن السلطة التنفيذية.

وهي تؤسس حكمها في ذلك على أن للرقابة على دستورية القوانين غايتها صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه. ولا يتحقق هذا الغرض على الوجه الذي يعنيه قانون المحكمة العليا في مادته الرابعة، إلا ببسط رقابتها على التشريعات كافة، الأصلية منها والفرعية. ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة إليها جميعا. بل إن هذه المظنة أوسع في التشريعات الفرعية منها في القوانين التي يتوافر لها من أوجه دراستها ويحتملها لا يتوافر للوائح التي ينظم بعضها حريات المواطنين وأمورهم اليومية، خاصة وأن اللوائح تعتبر قوانين من حيث الموضوع، وإن لم تعتبر كذلك من حيث الشكل لصنورها من السلطة التنفيذية.

ولو قيل بأن الرقابة القضائية لهذه المحكمة لا تتناول اللوائح المشار إليها، لعاد أمرها كما كان إلى المحاكم جميعها، نقضى في الدفوع التي تقدم إليها بعدم دستورتها، بأحكام قاصرة غير ملزمة يناقض بعضها البعض^(١).

(١) ص ١٧١٦ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا - الجزء الأول طبعة ١٩٧٧.
أنظر كذلك فيما تار من خلاف حول استحباب اختصاص المحكمة العليا إلى اللوائح، ص ١١١-١٢٨ من مؤلف الدكتور عادل شريف المستشار بالمحكمة الدستورية العليا في شأن القضاء الدستوري والرقابة على الدستورية [دار الشعب - طبعة ١٩٨٨].

المبحث السادس

معارضة المحكمة العليا وانتقادها

١٤٦- ولم تقبل جهة القضاء العادى بالولاية التى بسطتها المحكمة العليا على دستورية اللوائح. فقد خلص للحكم الصادر عن الدائرة المدنية والتجارية بمحكمة النقض، فى الطلب المقيد بجدولها برقم ٢١ سنة ٣٩ق لرجال قضاء، إلى تقرير انعدام القرار بقانون رقم ٨٣ سنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية مقيمة حكمها فى ذلك على دعائم حاصلها أن دائرة المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، هى التى تختص دون غيرها بالفصل فى كافة الطلبات التى يقدمها رجال القضاء فى شأن من شؤونهم الوظيفية؛ وأن نص المادة ٤ من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٨١ الصادر بإنشاء المحكمة العليا، وكذلك نص المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالرسوم والإجراءات أمامها، لا يخولانها غير الفصل فى دستورية القوانين. ولا كذلك كل قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية. وإذا كان عزل للقضاء من وظائفهم، من المسائل التى لا يجوز تنظيمها إلا بقانون، لا بقرار بقانون؛ وكان القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المشار إليه، قد نص على أن يعتبر رجال القضاء الذين لا يعاد تعيينهم فى جهاتهم الأصلية أو ينقلون منها إلى جهة أخرى، محالين إلى المعاش بحكم القانون؛ فإن هذا القرار بقانون يكون مشوباً بعيب جسيم يجعله عديم الأثر.

فضلا عن أن القرار بقانون المطعون عليه، صدر عن رئيس الجمهورية بما يجاوز حدود التفويض المخول له بمقتضى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧، فقد حصر هذا القانون المسائل التى فوض رئيس الجمهورية فيها، فى تلك التى تتصل بالأوضاع الاستثنائية التى تتعلق بأمن الدولة وسلامتها، وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربى.

ومن ثم يقتصر موضوع هذا التفويض على المسائل التى حددها ذلك القانون، والتى قصد بتنظيمها مواجهة الأوضاع الاستثنائية الناجمة عن عدوان ٥ يونيو ١٩٧٦، ولتى لا يندرج تحتها ما تضمنه القرار بقانون المطعون فيه من اعتبار القضاء الذين لا يعادون إلى وظائفهم، ولا ينقلون منها، إلى وظيفة أخرى، محالين بحكم القانون إلى المعاش. ومن ثم يكون هذا القرار بقانون قد خرج عن حدود التفويض، وصار مجرداً بالتالى من قوة القانون(١).

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٩٧٢/١٢/٢١ من الدائرة المدنية والتجارية -الطلب المقيد فى جدول المحكمة - برقم ٢١ سنة ٣٩ ق (رجال القضاء).

وإذا كان ما تقدم يعبر عن اتجاه محكمة النقض في شأن اختصاصها -تحت المحكمة العليا- بالفصل في دستورية النصوص الاتحادية التي لا ترقى مرتبتها إلى مرتبة القانون؛ فإن المحكمة الإدارية العليا لم تقبل كذلك أن تتولى المحكمة العليا تفسير الدستور تفسيراً ملزماً، فولا منها بأن الاختصاص المخول للمحكمة العليا بتفسير النصوص للقانونية تفسيراً ملزماً، مقصور على النصوص القانونية الأدنى مرتبة من الدستور، ولا يتعداها إلى ذات نصوص الدستور. ولو أراد المشرع أن يخول المحكمة العليا، سلطة تفسير الدستور تفسيراً ملزماً، لنص على ذلك صراحة.

وثمة فارق كبير بين أن تفسر المحكمة العليا الدستور في محاولتها تفهم مراميه في مجال فصلها في دستورية قانون أو لائحة؛ وبين أن تفسر الدستور بصفة أصلية ومباشرة، تفسيراً ملزماً، خاصة إذا قدم إليها طلب تفسير الدستور، بمناسبة قضية منظورة أمام قاضيتها الطبيعي، وفي مرحلتها الحاسمة. فلا يكون هذا التفسير غير تدخل في شئون العدالة، ومصادرة لحق التقاضي والدفاع للذين كلفهما الدستور في المادتين ٦٨ و٦٩؛ وتقليص لدور القاضى الطبيعي إلى مجرد التطبيق الحرفى لتفسير ملزم أتاه من المحكمة العليا. فلا ينزل على الخصومة المطروحة عليه، حكم قانون يسراه صحيحاً، بل قاعدة ارتأها غيره موافقة لهما.

فضلاً عن أن اختصاص المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين، مؤداه أن القانون بمعنى الكلمة هو محل رقابتها، وإن مراقبتها نصوص هذا القانون، لا تكون إلا على ضوء أحكام الدستور. ومن ثم تكون كلمة "القانون" الذى تفصل المحكمة العليا في دستوريته، هي ذاتها كلمة "القانون" الذى تفسر نصوصه تفسيراً تشريعياً. وإذا كان الدستور لم يفرض المحكمة العليا تفسير نصوص الدستور تفسيراً ملزماً تعبر به عن إرادة الجماهير، فإن انتحالها هذا الاختصاص لنفسها، يكون حابط الأثر (١).

(١) المحكمة الإدارية العليا - (الدفتر الأول) - حكما الصادر في ٩ أبريل ١٩٧٧ في الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٣ قضائية العليا في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بجلسته ٢٩ من مارس ١٩٧٧ في الدعوى رقم ٨٧ لسنة ٢١ القضائية المقامة من السيد كمال الدين حسين عبد الرحمن.

المبحث السابع

إرساء الرقابة القضائية على قواعد الدستور

١٤٧- وقد كان دستور ١٩٧١ أفضل النسخ المصرية على الإطلاق فيما تضمنه من قواعد في شأن الدولة القانونية، أهمها تأكيد خضوعها للقانون، والنص صراحة على أن سيادة القانون أساس الحكم فيها، مع ضمان استقلال القضاء وحصانته لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

وهذه الملامح الرئيسية للدولة القانونية، هي التي كفلتها المادتان ٦٤ و٦٥ من الدستور، ومؤداهما خضوع الدولة لقواعد قانونية تسمو عليها، وتتقيد هي بها، فلا تخرج عليها في تصرفاتها، على أن يكون مضمون هذه القواعد -في حده الأدنى- موازيا للقواعد التي جرى العمل باطراد في الدول الديمقراطية على تطبيقها بوصفها أسلوبا لحياتها وضابطا لحركتها.

وفي إطار هذه المفاهيم -على ضوئها- كان منطقيا، بل وضروريا، أن تقوم جهة قضائية على ضمان تطبيق الدستور كتقيد على السلطة في كل مظاهرها وأشكالها؛ وأن يكون بيد هذه الجهة وحدها سلطة التفسير النهائي لأحكام الدستور في نطاق الخصومة القضائية.

وفي إطار هذا الاتجاه، أحدث الدستور جهة للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، هي المحكمة الدستورية العليا، ولحاط بالقواعد الرئيسية لتنظيمها، من خلال تحديده لطبيعتها ونطاق ولايتها؛ وضوابط تشكيلها؛ وشروط تعيين أعضائها وحقوقهم وحصانتهم، وعدم قابليتهم للعزل؛ وجواز مساءلتهم تأديبيا؛ وقواعد نشر أحكامها وقراراتها في الجريدة الرسمية.

وفوض الدستور المشرع في بيان الآثار المترتبة على أحكامها الصادرة بإبطال النصوص القانونية المخالفة للدستور.

المبحث الثامن

خصائص بنين المحكمة الدستورية العليا

١٤٨- تلك هي الخطوط الرئيسية التي أقام الدستور في إطارها بنين جهة الرقابة القضائية على الدستورية.

ويلاحظ بشأنها ما يلي:

أولاً: حرص الدستور على أن تكون المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية قائمة بذاتها، كإفلا من خلال استقلالها أن تدير وحدها كل شأن من شئونها، وأن تستقل في تصريفها، دون تدخل من أية جهة أيا كان موقعها (١).

ثانياً: أتى الدستور بفصل خاص لفرد المحكمة الدستورية العليا، دالاً به على موقعها من المحاكم جميعها؛ وتفردها بدور متميز عنها؛ وأنها لا تعتبر جزءاً من السلطة القضائية.

وقد توخى الدستور بفصلها عن السلطة القضائية، بالرغم من مباشرتها لوظيفة قضائية بمعنى الكلمة، تحقيق أمرين:

أولهما: أن تكون أحكامها في الدعوى الدستورية وكذلك قراراتها بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، ملزمة للسلطة القضائية بكل فروعها ومحاكمها أيا كانت طبيعة المنازعة التي تفصل فيها. ومما يناهض موقعها من السلطة القضائية، أن تكون جزءاً منها، ذلك أن الجزئية تفيد اشتقاق الفرع من الأصل.

ثانيهما: أن المحكمة الدستورية العليا هي التي تفصل دون غيرها، ووفقاً لنصوص المواد ٢٥ إند ثانياً) و٣١ و٣٢ من قانونها -حيثما قد يثور من تنازع على الاختصاص بين أكثر من جهة قضائية، وكذلك فيما قد يقع من تعارض بين حكمين نهائيين صادرين من جهتين قضائيتين مختلفتين.

وقد اطراد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنها تقوم بدور الحكم بين الجهتين القضائيتين المتمتازتين على الاختصاص، أو اللتين وقع التناقص بين أحكامهما النهائية.

(١) تنص المادة ١٧٤ من الدستور على أن المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية مدينة القاهرة.

ولا يجوز مع كونها حكماً، أن تكون طرفاً في خصومة التنازع أو التناقض؛ بل يجب أن تتوافر لها حينئذ واستقلالها عند الفصل في هذه الخصومة، وألا تكون جزءاً من هاتين الجهتين القضائيتين المتنازعتين كي تستل عنهما بتشكيلها وضمائنها، بما يكفل تقيدهما معاً بأحكامها فسي شأن هذا التناقض أو التنازع^(١).

كذلك فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا بتعيين الجهة القضائية المختصة، مؤداه إسباغ الولاية من جديد على الجهة التي عينتها كي تفصل في الخصومة التي نحتها عن نظرها؛ غير مقيدة بحكمها الممايق بعدم اختصاصها بالفصل فيها، ولو كان هذا الحكم قد صار نهائياً^(٢). وفي ذلك تسليط لأحكام المحكمة الدستورية العليا على كل جهة قضائية غيرها.

ثالثاً: على أن المحكمة الدستورية العليا، وإن لم تكن جزءاً من السلطة القضائية بمحاکمها المختلفة، إلا أنها تفصل في خصومة من طبيعة قضائية، سواء في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، أو في خصومة التنازع أو التناقض، أو في منازعة تنفيذ تتصل بها وفقاً لنص المادة ٥٠ من قانونها.

رابعاً: أن المشرع وإن عهد إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بالفصل في خصومة التنازع أو التناقض، وكذلك في خصومة التنفيذ على ما تنص عليه المواد ٣١ و ٣٢ و ٥٠ من قانونها. فضلاً عن الفصل في كل طلب يقدم إليها وفقاً لنص المادة ٣٣ من هذا القانون لتفسير النصوص للقانونية تفسيراً تشريعياً؛ إلا ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية وفقاً لنص المادتين ٢٧ و ٢٩ من ذلك القانون، تبلور أهم اختصاصاتها، ودائرة الضوء التي تحيط بها. ومن ثم حرص نص المادة ١٧٥ من الدستور، على تقريره بصورة صريحة لا خفاء منها، حتى تنظّل المحكمة الدستورية العليا في مأمّن من عدوان السلطة التشريعية على ولايتها فسي أكثر مجالاتها أهمية.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "منازعة تنفيذ" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣ - ص ٤٠٦ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها، وكذلك "دستورية عليا" القضية رقم ٨ لسنة ١٣ قضائية تنازع" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٥ - ص ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية تنازع" - جلسة ١٢/٣/١٩٩٣ - قاعدة رقم ٧/١٢ ص ٥٦٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

خامساً: أن الدستور وإن اقتص للمحكمة الدستورية العليا وأقردها بالفصل فى دستورية القوانين واللوائح، إلا أن توليها لهذا الاختصاص لا يكون إلا على الوجه المبين فى القانون.

وقد أقر البرلمان -بعد ثمانى سنين على صدور الدستور- قانون المحكمة الدستورية العليا مفصلاً به كيفية اتصال الخصومة الدستورية بها، والقواعد الإجرائية الخاصة بتحضيرها والنصل فيها. ومضيفاً إلى اختصاصها بالفصل فى دستورية النصوص القانونية، اختصاصين آخرين يتعلق أحدهما بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، وثانيهما بالفصل فى تنازع الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين، وكذلك فيما يقع من تناقض بين حكمين نهائيين صادرين عن هاتين الجهتين.

المبحث التاسع

تقييم دور كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا

١٤٩- ولاحظ أن المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا، وإن تعلقتا على مباشرة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، إلا أن ثانيتهما كان دورها أكثر فاعلية، وجراتها أكثر ثوبًا.

فلم يكن موقفها من هذه الرقابة متوثبا، أو قائما على الطول التوقيفية، بل تنفقا عريضا يقرم للشرعية الدستورية بديانها الحق في إطار نظرية علمية لا تخطئها العين، أو تزوغ عنها الأبصار، بل تتكامل ملاحمها بما يحول دون لخرلقها.

ولم يكن صحيحا بالتالى ما تصوره البعض من أن إنشاء المحكمة الدستورية العليا، كان وليد رغبة عميقة تتوخى ضمان حقوق الفرد وحريلته.

وربما كان نقيض ذلك صحيحا بعد أن توقع كثيرون أن تتعثر خطاها، وأن ترسخ في النهاية لضغوط عليها منقولة في درجتها، شأنها في ذلك شأن قضاء المحكمة العليا الذين كانوا يعينون لفترة زمنية موقوتة. وإن تكون المحكمة الدستورية العليا بالتالى غير مجرد واجهة ديموقراطية زلفه ليس لها من القوة أسبابها، خاصة وإن الفترة الناصرية التي عايشتها المحكمة العليا لا تزال لها ظلالها، ولم تكدر بعد توجهاتها، ولا القيم التي اتخذتها عقيدة لها بما يؤذن ببقاء المحكمة الدستورية العليا أسيرة لها، ولو بغير وعى منها؛ وبما يجطها في النهاية مجرد ظلال سوداء تطبعها بقمامتها.

غير أن الذين تصورا مصيرا شأنها للمحكمة الدستورية العليا، فأنهم أن المحاكم الدستورية في بلدان عديدة، حتى تلك التي تم ميلادها من أرحام النظم الشمولية أو ديكتاتورية القوة، كان إيمانها عميقا بضرورة أن تتحرر في ممارستها لوظيفتها القضائية، من أغلال السلطة التي خلقتها أو أسستها. فلا تكون صوتا لها، ولا تخطط بأنفاسها، بل تستقل عنها بما ينفي تشبيهها بالأجرام السماوية التي لا تغير من مدارها.

وإنما يكون لكل محكمة دستورية -ولو بصورة بطيئة ومتدرجة- نقطة انطلاق جوهريه تتمثل في بيئتها وضرورة تطويرها؛ وفي وجوب إخضاع المهام التي تقوم عليها لنظرة واقعية يبلورها قضاتها الذين لا يكرسون مفاهيم بالية لنصوص قانونية معينة تقيم للنظم الشمولية معابدها، ولصور

الطفان أسبابها. وإنما هي آمال المواطنين وطموحاتهم يتخذونها مدخل لرقابتهم على دستورية النصوص القانونية لضمان حقوقهم وحياتهم التي كفلها الدستور.

وينبغي ألا يغيب عن البال أن المحكمة العليا كانت تعمل في أجواء خائفة، وكانت ولاية قضائتها محدود زمنياً. ولكن ذلك لم يثنها عن أن تصدر أحكاماً رائدة في مجال الرقابة على دستورية القوانين، خاصة وأن أحكامها هذه كانت في المنين الأولى لمباشرة هذه الرقابة بصورة عملية. ولقضائتها كل التقدير لكل جهد بذلوه، والتوفير لهممهم وخبراتهم.

المبحث العاشر

موقع المحكمة الدستورية العليا من النظامين الأوربي والأمريكي

الرقابة على دستورية القوانين

١٥٠- على امتداد قرون عديدة، لم تكن حقوق الإنسان وحرياته غير أفكار صاغتها وثائق إعلان الحقوق، إلا أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، نقلتها إلى تطبيقاتها العملية بما يوفقها والأوضاع المتغيرة في الجماعة يوماً بعد يوم، فلا تكون حركتها في إطارها، إلا تعبيراً عن إيمان المواطنين بضرورتها، ويقتضيتهم في مجال الدفاع عنها.

وفي مجال مركزية الرقابة القضائية على الدستورية أو توزيعها، يقع التمييز بين النظامين الأمريكي والأوربي.

فعلى ضوء النموذج الأمريكي، لا تكون الرقابة على الدستورية منحصرة في محكمة واحدة، ولكنها تنزوع بين المحاكم جميعها، كي تفصل كلا منها في مسائلها، التي تراجعها فيها المحكمة العليا الفيدرالية^(١).

ولا كذلك للنموذج الأوربي الذي يجعل الرقابة القضائية على الدستورية منحصرة في محكمة خاصة يتم إنشاؤها لهذا الغرض، على أن تكون لها سماتها الخاصة التي تنفرد بها، والتي تفصلها عن غيرها من المحاكم.

وقد ساد هذا النموذج في كثير من الدول في بداية القرن العشرين، وعلى الأخص بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، كالمحكمة النمساوية والإيطالية والألمانية والمجلس الدستوري الفرنسي^(٢).

(١) ظهر النموذج الأمريكي في بداية القرن التاسع عشر حيث قرر بصفة رئيسية بالحكم الصادر في قضية: Marbury v. Madison (1 Granch), 137 (1803).

(٢) المواد من ١٤٧ إلى ١٤٨ من القانون الدستوري للنمسا المعمول به في ١٢/١٠/١٩٤٥ والمواد من ١٣٤ إلى ١٣٧ من دستور إيطاليا في ٢٧/١٢/١٩٤٧ والمادة ٩٣ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية المعمول به في ٢٣/٥/١٩٤٩، وفي فرنسا من خلال مجلسها الدستوري المنصوص عليه في دستور ٤/١٠/١٩٥٨.

وتزايد عدد هذه المحاكم بعد أن أنشأتها دول كثيرة في الجزء الثاني من القرن العشرين من بينها إسبانيا والبرتغال وبلجيكا^(١).

واستقراء هذين النموذجين، يدل على انحياز دول القانون العام إلى النموذج الأمريكي وعلى الأخص في كندا وأستراليا وجنوب أفريقيا والهند.

وتأخذ اليونان والدول الاسكندنافية بالرقابة اللامركزية بعد مزجها ببعض عناصر النموذج الأوربي.

ولا تزال هذه الرقابة غير مسلم بها في دول قليلة كـهولندا والمملكة المتحدة ولوكسمبورج، وإن صُح القول بأن الأهمية التي أعطتها الدول بوجه عام للرقابة القضائية على دستورية القوانين، هي التي نشرتها في دول أوروبا الشرقية كـبلغاريا، والمجر، وبولندا، وجمهورية سلوفاكيا والجمهورية التشيكية.

ومع أن للرقابة على دستورية القوانين -حتى مع تباين الدول التي أنشأتها في تنظيماتها- غاية وحيدة تتمثل في تحقيق الشرعية الدستورية من خلال تطبيق كل سلطة بالحدود التي رسمها الدستور لها، وصون حقوق المواطنين وحرياتهم، إلا أن لكل جهة رقابية قواعد لتشكيلها، وتخوفا لولايتها، وطرائق وآلية إجرائية، ووسائل فنية للفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، فقد تكون رقابتها سابقة على صدور القانون، أو لاحقة لنفاذه.

وقد تكون رقابة مجردة تأخذ شكل الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، أو رقابة حية تبلورها خصومة دستورية يتطاحن أفرادها وتثير خلافا حاداً بين مصالحهم. وقد تكون الحقوق التي يكفلها الدستور لجهة الرقابة في بعض الدول أكثر سخاء من الحقوق المقررة في غيرها.

وقد زلج النظام في مصر بين النموذجين الأوربي والأمريكي، وذلك بتركيزه الرقابة على الدستورية في يد جهة واحدة أنشأها الدستور بصفة خاصة لهذا الغرض -تأسيًا بالنموذج الأوربي-

(١) المواد من ١٥٩ - ١٦٥ من الدستور الإسباني الصادر في ١٩٧٨/١٢/٢٩، أما في البرتغال، فقد أنشئت محكمتها الدستورية بمقتضى القانون الدستوري رقم ١ لعام ١٩٨٢ المصوب به في ١٩٨٢/٩/٢٠. وفي بلجيكا أنشئت بها محكمة التحكم بمقتضى تعديل دستوري تم في ١٩٨٠/٧/٢٩. ولم تسألها سلطة الفصل في الحقوق الأساسية للمواطنين إلا بمقتضى التعديل الدستوري الصادر في ١٥ يوليو ١٩٨٨.

هى المحكمة الدستورية العليا التى تنصل فى المسائل الدستورية وفق الأوضاع المنصوص عليها فى المادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها، والتى يندرج تحتها الطعن فى النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور -بعد العمل بها A Posteriori- عن طريق دفع يثار أمام محكمة الموضوع. وذلك استهداء بالنموذج الأمريكى.

وينبغى أن يلاحظ أن دستور مصر لعام ١٩٧١، وإن كان حديثاً، إلا أنه ضم بين دفتيه ثراء التجربة المصرية وتنقيضاتها. وآية ذلك التركيز على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والمفاهيم الاشتراكية من جهة، مع إيلاء الاعتبار بقدر أقل للحقوق المدنية والسياسية، من جهة ثانية؛ وتأمين الحماية القانونية المتكافئة طوراً، مع تقرير حصة للعمال والفلاحين فى المجالس النيابية لا تقل عن ٥٠% من مقاعدها طوراً آخر؛ وضمان حرية التعبير من جهة، واشتراط أن يكون النقد بناء من جهة أخرى؛ وتوكيد حق التقاضى للناس جميعاً، مع تخويل المواطنين دون غيرهم حق اللجوء إلى التقاضى الطبيعى؛ والنص فى الدستور على المحاكمة القانونية للمتهم التى يحدد المشرع إطارها؛ بدلاً من المحاكمة المنصفة التى يرسم للدستور ضوابطها؛ وتقرير العدالة الاجتماعية كقاعدة تحكم النظام الضريبى فى الدولة، وعدم تطبيق مفهومها بالنسبة إلى غير الضريبية من الأعباء العامة، مما جعل الدستور بعيداً فى بعض زواياه، عن أن يكون متجانساً فى الأصول التى يقوم عليها^(١).

(1) Nathalie BERNARD-MAUGIRON, THESE DE DOCTORAT EN DROIT "LA HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE EGYPTIENNE ET LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX", le 5 juillet 1999.p.11

الفصل العاشر

الرقابة القضائية على الدستورية وصلاحتها بفروع القانون

المبحث الأول

الرقابة القضائية على الدستورية تتناول فروع القانون جميعها، والنصوص القانونية كافة

١٥١- تحيط الرقابة القضائية على الدستورية بفروع القانون جميعها، سواء في أصول المسائل التي تنظمها، أو في أجزائها وتفصيلاتها.

كذلك تتناول هذه الرقابة النصوص القانونية التي أقرها المشرع أو التي أصدرها، ليس فقط من جهة الحقوق التي أخل بها صراحة، ولكنها تنسج كذلك تلك التي أهدرها ضمنا، سواء قصد المشرع إلى مخالفة الدستور، أم كان للخروج على أحكامه قد وقع عرضا (١).

والرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تقوم لفروع القانون جميعها أسمها وضوابط تطبيقها، سواء تعلق الأمر بالقانون الخاص أو القانون العام.

وهي بذلك تنسج لكل المسائل التي تكولها المشرع بالتنظيم، أيا كان موضوعها. فلا يظهر القانون في صورته النهائية، غير مجرد تعبير عن المفاهيم التي أختلتها جهة الرقابة على بنيانه، ليظل محكوما بها، دائرا في فلكها لا يبرم عنها.

ولئن صح القول بأن الأصل في السلطة التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتعتبر تخوما لها لا يجوز تخطيها؛ وكان الدستور لا يكفل للحقوق ضماناتها إلا بقصد تأكيد فعاليتها، ويحظر كل عدوان على مجالاتها الحيوية التي يرتبط وجودها بها (٢)؛ وكان لا يجوز أن تختلط الوظيفة القضائية بالوظيفة التشريعية، بل ينبغي أن تكون للسلطة التشريعية إرادتها سواء في منطقة اختصاصاتها التقديرية، أو

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٧ ص ٢٩٩ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٢٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٣/٧٤

ص ١٠٦٧ الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢٢ لسنة ١٨ ق دستورية - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٣/٨٢ ص ١١٥٦ من الجزء الثامن.

فيما هو مقيد من مظاهر ولايتها؛ وكان من شأن القيود التي فرضها الدستور عليها، إبطال كل قانون يصدر على خلافها؛ وكان من المقرر حتى في نطاق سلطتها التقديرية أن ترتبط دستورية النصوص القانونية التي تقرها -عقلاً- بما هو مشروع من أهدافها؛ وكان لا يجوز لجهة الرقابة أن تناقشها في مقاصد النصوص التي صاغتها؛ ولا أن تعارضها في حكمها؛ ولا أن تتحل لها غير المعاني التي قارنتها؛ ولا أن توجهها إلى سياسية تشريعية تراها أفضل من غيرها؛ ولا أن تقترح عليها تنفيذها في وقت دون آخر؛ ولا أن تبصرها بلوإوضاع معينة لم تتركها؛ ولا أن تلزمها ببدائل غير التي انتقدتها السلطة التشريعية لتنظيم الحق أو الحرية؛ فقد صار تقيد السلطة التشريعية بتخوم ولايتها، أصلاً ثابتاً في المراجعة القضائية لتصرفاتها^(١).

وفي هذه المنطقة، تباشر جهة الرقابة القضائية على الدستورية، أكثر سلطاتها تأثيراً في مجتمعها، ولجدها تحويراً لبيانه، وليلغها زجراً للسلطة التشريعية، ولقربها اتصالاً بضمآن سيادة الدستور في إطار دولة قانونية ينبغي أن تعطيه كل اهتمامها وتوقيرها.

وتبدو الآثار الواضحة والبيّدة لقضاء جهة الرقابة على الدستورية في فروع القانون المتصلة بالحرية الشخصية؛ وبحرمة الملكية الخاصة؛ وبحرية التعاقد؛ وبحق الدفاع؛ وبحق اللجوء إلى القاضي الطبيعي؛ وبضمان استقلال القضاء؛ وحيثه لصون حقوق الأفراد وحررياتهم جميعها؛ وبنطاق الأعباء المالية التي يجوز فرضها على المواطن؛ وبقوانين أحوالهم الشخصية وغيرها.

ذلك أن الرقابة القضائية على دستورية النصوص القانونية، تتناول هذه النصوص في كافة مواضعها، وأياً كان موضوعها.

وكان على المحكمة الدستورية العليا أن تخوض في فروع القانون المختلفة بقدر تعلّقها بالمسائل الدستورية المثارة في الخصومة المطروحة عليها. ولم تنحصر رقابتها بالتالي في فرع دون آخر من فروع القانون، ولكنها وسعتها جميعاً انتقالاً برقابتها من النصوص الجنائية إلى النصوص المالية؛ وإلى الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية في نطاق اختصاصاتها التشريعية الأصلية والاستثنائية؛ وإلى الحقوق التي كفلتها قواعد القانون الدولي؛ وإلى أدواته في تنظيم العلاقات بين أسرة

(١) كمستورية عليا -القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق "دستورية" -جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥- القاعدة رقم ٣٦ -ص ٢٩٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٨ ق كمستورية -جلسة ٢٢/٣/١٩٩٧- قاعدة رقم ٥/٢٣ -ص ٥٢٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

الأمم كالمعاهدات الدولية؛ وإلى ضوابط التحيين والاختيار في الوظيفة العلمية؛ وإلى غير ذلك من المسائل التي تثيرها النصوص القانونية كاللحق في العمل، وفي الملكية، وغيرها من الحقوق التي تنفرع عن إرادة الاختيار. فلا تكون الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على النصوص القانونية المطعون عليها، غير رقابة شاملة تتناولها في كافة مواقعها، ويغض النظر عن نطقها بهذا الفرع لو ذلك من فروع القانون.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على الدستورية في مجال القانون الجنائي الموضوعي

المطلب الأول

المنظور العام للقانون الجنائي الموضوعي

١٥٢- يتصل تطبيق القانون الجنائي بالحرية الشخصية التي لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها.

ذلك إن الحرية الشخصية وثيقة الصلة بالحق في الحياة. وكل قيد على هذه الحرية يتخذ شكل للجزاء الجنائي، يتمخض عقابا مقتضيا إخضاع هذا الجزء لأكثر صور الرقابة القضائية على الدستورية حدة.

ذلك إن النصوص الجنائية - على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - تحكمها مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير مترتبة تنتم مع طبيعتها بالنظر إلى أن هذه النصوص هي التي تنشئ الجرائم وتقر عقوباتها.

وإذا ما غلب القول بأن ضمان الحرية الشخصية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها، على تقدير أن ما توخاه الدستور بصورها، هو مباشرتها دون قيود جائرة تكال منها، وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتسوغها ضوابط حركتها؛ وكان القانون الجنائي، وإن اتفق مع غيره من القوانين في سعيها لتنظيم علائق الأفراد فيما بين بعضهم البعض، أو فيما بينهم وبين مجتمعهم، إلا أن هذا القانون يفرقها في اتخاذ العقوبة أداة لتقويم ما لا يجوز التسامح فيه اجتماعيا من مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون القبول بها متوقعا من منظور اجتماعي.

ولا يجوز بالتالي أن يجرم المشرع غير الأفعال التي تربطها علاقة منطقية بأضرار اجتماعية لها من وضوح ملامحها ما يكفل تعيينها وتوكيدها Identifiable and ascertainable judicial harm.

وشرط ذلك أن يكون الجزء الجنائي، ملبيا لضرورة أن يتهيأ المذنبون لحياة أفضل، مستلها أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها، ناكيا بعقابهم عن أن يكون واقعا بين الإقراط أو التفريط، منتهيا إلى الحضي على الجريمة لو هنه، أو مغاليا في ردع مرتكبها بالنظر إلى شدته.

ويتعين من ثم، أن يحيط الجزء الجنائي بهذه العوامل جميعها، وأن يصاغ على ضوءها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره Single valued approach.

وكما استقام الجزء الجنائي على قواعد يكون بها ملائمة، ومبرراً من منظور اجتماعي؛ فإن إحلال جهة الرقابة على الدستورية لخياراتها محل المشرع في شأن تقرير جزاء، أو تحديد مداه، لا يكون جائزاً دستورياً (١).

المطلب الثاني

غموض النصوص العقابية وانسدادها

١٥٣- لعل أكثر ما يهدد الحرية الشخصية، أن يكون النص العقابي مجهولاً بمعناه، أو منطلماً بمداه.

ذلك إن غموض النص العقابي مؤداه أن يجهل المشرع بالأفعال التي أُلتمها، فلا يكون تحديدها قاطعاً أو فهمها مستقيماً، بل منبهما خافياً.

ومن ثم يلتبس معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بطو مداركهم ولا يتسمون بالحدارها، إنما يكونون بين ذلك قواماً.

فلا يقفون من النصوص العقابية على دلالتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حسهم طريقاً إلى التخييل في شأن صحيح مضمونها ومرارها، بعد أن أهمل المشرع في ضبطها بما يحدد مقاصده منها، بصورة ينحصر بها كل جنل حول حقيقتها.

مما يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها، وهما متطلبان فيها، فلا تقم للمخاطبين بها إخطاراً معقولاً Fair notice بما ينبغي عليهم أن يدعوه أو يلتوه من الأفعال التي نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم.

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٦٥/٤٧ - ص ٧٢٤ و ٧٢٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. أنظر كذلك - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢٢/٢٢٧/٨ - ص ١٥٥ و ١٥٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. فضلاً عن القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ ق دستورية - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢٢/١٥ - ص ٢٧٧ - الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وليس جائزاً بالتالى أن يكون تطبيق تلك النصوص من قبل القائمين على تنفيذها، عملاً انتقائياً كاشفاً عن أهوائهم ونزواتهم الشخصية، وميلوا بالتالى خياراتهم التى يتصيدون بها من يريون، فلا تكون غير شراك لا يأمن أحد معها مصيراً، وليس لأيهم بها نذير.

كذلك، فإن النصوص العقابية فضلاً عن غموضها، قد تنتم بتميعها من خلال اتساعها وانفلاتها، فلا تنحصر دائرة تطبيقها فى تلك الأفعال التى يجوز تأنيبها وفقاً للدستور، بل تجاوزها إلى أفعال رخص الدستور بها، أو كفل صونها بما يحول دون اشتغال التجريم عليها.

وهو ما يعنى إفرطها فى التأنيب، فلا يكون نسيجها إلا ثوباً بفيض عنها، ولا يلتزم وصحیح بنیانها Broad and fluid determination^(١).

ولا يجوز بالتالى أن تكون النصوص العقابية، شبكاً أو شراكاً يلقيها المشرع متصيداً باتساعها، أو بخفائنها، من يقعون تحتها أو يخطئون موالعها، إذ لو جاز ذلك لكان بيد الم السلطة القضائية أن تصنفهم بنفسها -جميعهم متهمون محتملين- وأن تقرر من يجوز احتجازه من بينهم، فلا يكون غموض القوانين الجنائية وفرطتها، غير مندرج إلى إدار حقوق كملها الدستور، كذلك التى تتعلق بحرية التعبير، وبالخلق فى تكامل الشخصية، وفى التنقل، وفى أن يؤمن كل فرد ضد القبض أو الاعتقال غير المشروع^(٢).

وكما أتم المشرع أفعالا بنواتها حال وقوعها فى مكان معين، فإن تعيين حدود هذا المكان بما بنفى التجهيل به، يعتبر شرطاً أولياً لصون الحرية الشخصية^(٣).

وصار لازماً أن يكون النص العقابي حاداً قاطعاً، لا يؤذن بتدخل معانيه أو تشابكها كى لا تتداح دائرة التجريم، بما يخل بالأسس التى تقوم عليها الحرية المنظمة Ordered liberty التى يخل ضمانها من خلال قوانين جنائية تنقصر إلى الحد الأدنى من المعايير للالتزمة لضبطها.

(١) دستورى عليا -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤٧-س-٧١٣- ٧١٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. راجع كذلك القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٩٩٢ "دستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ١٧/١- ص ١٦٦- ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) دستورى عليا -القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٢٨/٥- ص ٣٦٣- ٣٦٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

(٣) الحكم السابق -قاعدة رقم ٢٨/٤- ص ٣٦٣ من الجزء السادس.

فضلا عن أن المواطنين الذين اختلط عليهم نطاق التجريم، يقدون عادة -حذر العقوبة ويتوقفا لها- عن مباشرة الأفعال التي دخلتهم شبهة تأنيبها، وإن كان القانون بمعناه العام يسوغها.

كذلك فإن غموض النصوص العقابية وتميعها، يحوق محكمة الموضوع عن إعمال قواعد صارمة جازمة تحدد لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا يس فيه.

وهي قواعد لا ترحض فيها، وتمثل إطارا لعملها لا يجوز لفتح حدوده، خاصة وأن الدستور لم يلزم السلطة التشريعية بأنماط بذواتها تفرغ فيها الأفعال التي تؤثمها، وإن كلفها بأن تعمل من أجل ضبط النصوص القانونية التي تحدد هذه الأفعال، بما لا يخل بالحدود الضيقة لنواحيها^(١).

المطلب الثالث

ضوابط دستورية العقوبة

١٥٤- دل الدستور بنص المادة ٦٦ التي تنص بألا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، على أن السلطة التشريعية هي التي تتولى أصلا بنفسها -ومن خلال قانون بمعنى الكلمة- تحديد الجرائم وبيان عقوباتها.

وليس لها بالتالي أن تتخطى كلية للسلطة التنفيذية عن ولايتها هذه، أو عن جوانبها الأكثر أهمية؛ وإن كان يكفيها وفقا لنص المادة ٦٦ من الدستور، أن تحدد إطارا عاما لشروط التجريم، وما يقرنها من جزاء؛ لتفصل السلطة التنفيذية بعض جوانبها، بما يجعل تدخلها في المجال العقابي وفق الشووط والأوضاع التي حددها القانون.

فلا بدور التجريم إلا مع النصوص القانونية التي تنتم بعموميتها ولتقاء شخصيتها *La Portée générale et impersonnelle*.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "دستورية"- جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٣/١٧ -

٥ ص ١٦٧ - ١٦٨ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

ولا يعنى ذلك أن السلطة التنظيمية مجالا محجوزا تنفرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فلا زال دورها تلعب السلطة التشريعية، ومحددا على ضوء قوانينها، فلا تتولاه بمبادرة منها لا سند لها من قانون قائم^(١).

ومن المقرر كذلك، أن وحدة التنظيم للقانونى للجرائم التى ارتباط بها الجزاء الجنائى، لا ينال منها سريان هذا التنظيم فى شأن أشخاص يختلفون فيما بينهم بالنظر إلى مضمون التزاماتهم التى عاقبهم المشرع على الإخلال بها عقابا جنائيا. إذ لا بدو ذلك أن يكون تقريراً لجزاء جنائى فى شأن وقائع متخالفة. وليس من شأن تبانيها أن يكون تحديد الجرائم وعقوباتها قد انتقل من المشرع إلى أيديهم^(٢).

ولأن فكرة الجزاء -مدينا كان أم جنائيا- مفادها أن خطأ معيناً لا يجوز تجاوزه، فقد صار محققاً أن كل جزء جنائى لا يفترض، ولا عقوبة بغير نص يفرضها.

ويتحقق ذلك فى المجال الجنائى من خلال النصوص العقابية التى تتحدد على ضوءها الأفعال التى أنشأها المشرع بصورة جلية قاطعة.

بما مؤداه ضرورة بيانها بما يكفل تعيين عناصرها تعريفا بها، فلا يجوز قياس غيرها من الأفعال عليها، ولو كان مضمونها فجا عابثاً، أو كان وقوع الأفعال المقيسة، يثير اضطراباً عميقاً.

ومن ثم تكون شرعية النصوص الجنائية، مقيدة نطاق تطبيقها بما لا يلبسها بغيرها، وبمراعاة أن العقوبة التى تقرر هذه النصوص، لا تعتبر نتيجة لازمة للجريمة التى تتصل بها، بل جزءاً منها يتكامل معها ويتممها^(٣).

والأصل فى العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التخلل بها إلا بقدر، نأيا بها عن أن تكون إيلاسا غير مبرر، يؤكد قصورها فى غير ضرورة.

(١) "مستورية عليا" القضائية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - قاعدا رقم ٤٧ - ص ٧٢٢-٧٢٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق ص ٧٢٤ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية" - القضائية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٦/٢/٣ - قاعدا رقم ٢٣ - ص ٤١٨ - من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ولم يعد جائزاً بالتالى، أن يكون مضمون الجزاء الجنائى أو مداه، أو كيفية تنفيذه، دالاً على مجافاته للقيم التى ارتضتها الأمم المتحضرة، وللتى تؤكد رقى حسنها، وتكون علامة على نضجها على طريق تطورها.

خاصة وأن العمل فى الدول الديمقراطية جميعها، قد دل على تسليمها بالحقوق -للتى تعتبر بالنظر إلى مكوناتها وخصائصها- وثيقة للصلة بالحرية الشخصية، والتي لا يجوز معها أن تكون العقوبة عقيدة للحرية الشخصية بخير الوسائل القانونية السليمة. وهى تكون كذلك بقسوتها أو امتيانتها الكرامة الإنسانية.

ذلك أن انحطاط أو فحش الجزاء، مؤداه خروجه بصورة واضحة على الحدود التى يكون معها موافقاً للأفعال التى أتمها المشرع، بما يصادم التقدير الخلقى لأوساط الناس فيما يكون فى مفهومهم -وعلى ضوء القيم التى توارثوها، والعقائد التى لا يتحولون عنها- حقاً وصفاً (١).

* كذلك فإن الأصل فى العقوبة هو تفريدها لا تعميمها، ذلك إن الجرائم لا تتحد فى خطورتها، ولا يعتبر المتهمون نظراء بعضهم لبعض سواء فى نوع جرائمهم أو دولتها، أو خلفيتها.

وهم كذلك لا يتجانسون فى خصائص تكوينهم؛ ولا فى قدر ذكائهم، ولا فى نوع تعليمهم؛ ولا فى درجة نزوعهم إلى الإجرام، وترتدداً بين اينها واعتدالها؛ وغلوها، وإسفلتها.

والاستثناء من قاعدة تفريد العقوبة أياً كان عرضه، مؤداه أن المذنبين تجمعهم صورة واحدة يصوبون فى قالبها، وأنهم يتوافقون فى ظروفهم وأنماط سلوكهم، وأن وحدة جرائمهم تقتضى وحدة عقوبتهم. وهو ما يعنى إيقاع جزاء فى غير ضرورة، بما يفقد العقوبة فى مجال توقيعها، تناسبها مع وزن الجريمة وخطورتها، وبما يقيد الحرية الشخصية دون مقتضى.

وإذا بطل المحكمة الدستورية العليا العقوبة التى فرضها المشرع بالنظر إلى تعدلها تناسبها مع الجريمة التى تقارنها، فإنها تنال من ذات للتقدير التشريعى للعقوبة.

وكذلك الأمر إذا حظر المشرع وقف تنفيذ العقوبة المقررة للجريمة. ذلك أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لهذا الخطر -وهو تقدير تشريعى- مؤداه أن تستعيد محكمة الموضوع سلطتها فى

(١) الحكم السابق ص ٤١٩ - ٤٥٠ من الجزء السابع.

تفريد العقوبة. فلا تنزلها بنصها على الواقعة الإجرامية بافتراض ملائمتها لها ففى كل أحوالها ومتغيراتها. ولكنها تزن وطأة العقوبة، بنوع الجريمة وظروفها وشخص مرتكبها، ضمناً من جانبها لمعقولية العقوبة وإمكانيتها.

يؤيد هذا النظر، أن تنفيذ العقوبة -ليس مجرد نوعها أو مدتها- هو الذى يحقق الإيلاء المقصود بها، لينتهي بتطبيقها -بالصورة التى صلبها المشرع فيها- خطر اتصال المحكوم عليهم بها، بمنزبين آخرين ربما كانوا ألدح أجراما.

وليس ذلك من السياسة الجنائية فى شئ. وهو كذلك يناقض جوهر الوظيفة القضائية، وقوامها أن يستظهر للقاضى دور كل منهم فى الجريمة، ونواياه التى قارنتها، وخياراته بشأنها، وما نجم عنها من ضرر، وبما يوائم بين الصيغة التى أقرغ المشرع العقوبة فيها، وملائمة تطبيقها فى شأن جريمة بذاتها جبرا لأثارها من منظور موضوعى يتعلق بها ويمرئتها (١).

فلا يكون تقدير القاضى للعقوبة التى يوقعها غير شرط يقتضيه المستوى بصفة أولية لضمان موضوعية تطبيقها.

A constitutional Prerequisite to the proportionate imposition of penalty.

كذلك تبلور العقوبة التى يفرضها المشرع فى شأن الجريمة مفهوما للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التى تستهدفها، ولأنى لا يندرج تحتها رغبة الجماعة أو حرصها على إرواء عطشها للثأر والانتقام، أو سعيها ليكون بطشها بالمتهم تكفيرا عن الجريمة التى ارتكبها وتكبيلاً به؛ وإن أمكن القول إجمالا بأن ما يعتبر جزاء جنائيا، لا يجوز أن يقل فى مداه عما يكون لازما لتحمل

(١) دستورية عليا -القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٨ ق- دستورية- جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٣/١-٦٠ ص ٩٢٥ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

راجع كذلك دستورية عليا -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ٤٧/١١، ١٢، ١٣، ١٤- ص ٧١٦، ٧١٧ من الجزء الثامن؛ فضلا عن القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ ق دستورية- جلسة ٣ أغسطس ١٩٩٦/ قاعدة رقم ٧/٣ -١٠ ص ٧٣ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها، وكذلك القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ١ سبتمبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ٥٤ ص ٨٤٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

الفرد على أن ينتهج طريقاً سوياً لا تكون الجريمة مدخلا إليه، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها (١).

وفي هذا الإطار يتعين التمييز بين نوعين من الردع:

أحدهما ردع عام، ويتمثل في العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن الجرائم التي حددها، متكرجا بوطأة عقوبتها على ضوء خطورة كل جريمة، ليحمل من خلال عبثها، جناة محتملين على الإعراض عنها.

وثانيهما ردع خاص يتحقق في شأن جريمة ارتكبها شخص معين ليحدد القاضي نطاق مسؤوليته عنها، ويقرر العقوبة التي تتناسبها، كرد فعل لها.

ويتصل الردع الخاص بالتالي بالأفعال ثم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية -لا محتملة- ليقتدر القاضي عقوبتها بصورة منطقية تربطها بالجريمة وبمرتبتها، فلا يتم توقيعها جزافاً أو بصبورة منطقية، وإنما لتقابل عقوبة الجريمة حدود مسؤوليته عنها، ويقررها، بما يؤكد معقوليتها (٢).

* ولا إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها، بلقلص القيم التي تؤمن بها الأمم المتحضرة. ولا يكفي بالتالي أن يقرر المشرع لكل متهم حقوقاً قبل سلطة الاتهام توازنها وتردها إلى حدود منطقية. وإنما يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولاً من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، من بينها حق المتهم في الحصول على مثبورة محام، والحق في مجابهة الأدلة التي تقدمها النيابة العامة لإثباتا للجريمة ودحضها، وكذلك مواجهة لشهودها، واستدعاءه لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه (٣).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٧ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٦/٨/٢ -قاعدة رقم ٣/١٠٤ ص ٧٠ و ٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق ص- ٧١، ٧٢ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٨/١٩ -ص ١٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها ونظر كذلك "مستورية عليا" للقضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ٢ ديسمبر ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٥/٢١ -ص ٢٧٦-٢٧٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

كذلك "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٨/٢٩، ١٠ -ص ٧٤٥ من الجزء السابع.

* كذلك يقتضى ضمان الحرية الشخصية، ألا يؤخذ بجريرة الجريمة غير جناتها، ولا ينسأل عقابها إلا من أتاها، ضماناً لشخصية العقوبة التى لا يجوز توقيعها فى شأن شخص لا يعد مسؤولاً عن الجريمة، سواء بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

* وينبغى دوماً أن تتوازن العقوبة التى فرضها المشرع فى شأن الأفعال التى أتمها مع خصائص هذه الأفعال ودرجة خطورتها. فإذا أخذت تناسبها معها، صار فرضها من المشرع، وتوقيعها من القاضى، مخالفاً للدستور^(١).

* لا تنقد النصوص العقابية خصائصها كنصوص قانونية أوردتها المشرع فى مجال التجريم، ولو كان عوارها دالاً على إنبهاها. إذ يقتصر أثر هذا العوار على إبطالها لانتفاء وضوحها وتبينها. وهما معنيان يلزمانيها ولا ينفكان عنها، حتى يكون المخاطبون بها واعين بحقيقتها، فلا تخفى عليهم الأفعال التى أتمها المشرع^(٢).

* ليس للجزاء فى المسؤولية الجنائية - التى لا يحركها إلا ضرر عام اتصل بإتيان الأفعال التى أتمها المشرع - محض تعويض. بل ينحل لإلزام مقصوداً لردع جناتها، حتى يكون الوقوع فى الجريمة من جديد أقل احتمالاً.

ولا كذلك المسؤولية المدنية التى لا يقوم الخطأ فيها على إرادة إتيان الفعل والبصر بنتيجته أو توقعها. بل مناطها كل عمل غير مشروع يلحق بأحد من الأغيار ضرراً، سواء كان هذا العمل عمداً لم إهمالاً أو فعلاً بغير عمد أو إهمال.

ومن ثم كان جزاؤها التعويض الجابر لعناصر الضرر جميعها - مادية ومعنوية - وإن جاز النزول عن هذا التعويض باعتباره من الحقوق الشخصية، خلافاً للدعوى الجنائية التى لا يجوز النزول عنها أو التصالح عليها.

(١) "تسوية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "تسوية" - جلسة ١٥/٩/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٧ - ص ٨٤٨ من الجزء الثامن.

(٢) "تسوية عليا" - القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "تسوية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٥٨ - ص ٧٦٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولئن كان اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية جائزاً، إذا كان الفعل الواحد ضاراً بالجماعة وبمصلحة الفرد في آن واحد؛ وكان تباعهما كذلك متصوراً؛ إلا أن أظهر ما يميز بينهما، أن افتراض الخطأ وإن جاز في المسؤولية المدنية بالتقدير وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيّمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها (١).

* لا يؤثم المشرع أفعالا بذواتها إلا من خلال العقوبة التي يفرضها جزاء على ارتكابها، مصيبا بعينها -ولو اتخذ شكل غرامة مالية- من يكون مسؤولاً عنها من الفاعلين والشركاء، كلما قدر أن وطأة هذه الغرامة تكفي لردع من يتحملون بها، أو تصرفهم عن الجريمة، فلا يقدمون عليها. وتلك أغراض تستهدفها القوانين الجنائية في عموم تطبيقاتها (٢).

* ليس بشرط في الجزاء الجنائي -وأياً كان مداه- أن يكون معينا بصورة مباشرة، بل يكفي أن يكون هذا الجزاء قابلاً للتحديد. وهو ما يقع على الأخص كلما ربط النص العقابي بين الغرامة التي يفرضها، وإعمال المخالفين لقوانين المبادئ تصحيح مخالفتهم أو إلزائها، محددا مقدار هذه الغرامة بقر المدة التي امتد إليها الإخلال بواجباتهم التي فرضتها تلك القوانين (٣).

* لا يجوز إسباغ الشرعية الدستورية على نظم جنائية لا تتكافأ من خلالها وسائل الدفاع التي أتاحها لكل من سلطة الاتهام ومتهمها، فلا تتعادل أسلحتهم بشأن إثباتها أو نفيها (٤).

* كلما كان مضمون النصوص العقابية يحتمل أكثر من تفسير، نعين أن يرجح القاضي من بينها، ما يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية، في إطار علاقة منطقية يقيّمها بين هذه النصوص وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي أعلنها، أو التي يمكن افتراضها عقلاً (٥).

(١) الحكم السابق من ٧٦٤ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق من ٧٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية"- جلسة ٥ يوليوز ١٩٧٧ - لقاعدة رقم ٤٧ / ١٠ - من ٧١٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "مستورية عليا" -القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ ق. "مستورية"- جلسة ١٥/٣/١٩٧٧ -قاعدة رقم ٨/٣٠ - من ٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٥) "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق. "مستورية"- جلسة ٢٢/٢/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢٨ من ٤٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

* لا يكون الجزاء مخالفاً للدستور، كلما ارتبط عقلاً بأوضاع قدر المشرع ضرورة النزول عليها، وكان ناجماً عن الإخلال بها. كذلك لا يعتبر الجزاء جنائياً في غير دائرة الأفعال أو صغور الامتناع التي جرمها المشرع، من خلال عقوبة قرنها بإتيانها أو تركها (١).

* يكون الجزاء الجنائي مخالفاً للدستور، كلما اختل التبادل بصورة ظاهرة *La disproportion manifeste* بين مده وطبيعة الجريمة التي تعلق بها (٢).

* لا يتعلق الجزاء الجنائي الواحد بغير الأفعال التي تتحد في خصائصها.

إذا مزج المشرع بين أفعال غشبية التنافس في مضمونها وأثرها، وافترض بذلك تماثلها في مكوناتها، وتساوئها فيما بينها؛ فجمعها على صعيد واحد، وكان ذات الدواء يصلحها ويرد عنها أسقامها؛ فلن إنزال جزاء واحد على هذه الأفعال المتفاوتة خصائصها، يكون مخالفاً للدستور (٣).

* يتحدد مضمون القاعدة القانونية التي نسمو في الدولة القانونية عليها، وتنفيد هي بها، على ضوء مستوياتها التي للزمتها الدول الديمقراطية، واستمر العمل لديها على انتهاجها في مظاهر سلوكها. ويلدرج تحتها، تصعيد الجزاء - جنائياً أو مدنياً أو تأديبياً أو ماليًا - بقدر خطورة الأفعال التي يرتبط بها (٤) *In ascending order* فلا يتسم الجزاء بالإفراط، ولا بالنفريط.

* يتعين على الأخص في كل عقوبة، ألا تكون مجاوزة بقسوتها الحدود التي توازنها بالأفعال التي أثمها المشرع؛ ولا أن تكون منتهية إلى معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٢١/٢٠٠، ص ١٣٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥/٩/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٥٧، ص ٨٦٨ - ٨٦٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٤) "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٢/٣/١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٤٢٣ من الجزء السابع "مستورية عليا" - القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ١٣٦٩ - ١٣٧١ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ذلك أن الاتهام الجنائي لا يجوز أن يكون متلاحقاً، بما يقوض اطمئنان المتهم، ويجعله قلقاً مضطرباً، تهدده سلطة الاتهام ببأسها ونزواتها، تد إلية بطشها حين تريد، كي تلحق به أشكالاً مسن المعاناة يجهل مصيره، ولا يأمن معها أن تعيده من جديد لدائرة اتهامها(١).

* لا يجوز أن يكون التحرش بالمتهم سياسة جنائية تؤمن عواقبها، أو تستند دوافعها من نصوص الدستور.

إذ هي في حقيقتها عدوان على الحرية الشخصية التي كفلها، والتي ترقى بأهميتها إلى حد إدراجها في إطار الحقوق الطبيعية الأسبق وجوداً من نشأة الدولة بكل تنظيماتها، حتى عند من يقولون بأن عقداً اجتماعياً قد انتظمها مع المقيمين فيها، ولهم نزلوا لها بمقتضاه عن بعض حقوقهم، لتأمينها هي بما يحقق مصالحهم في مجموعها(٢).

* يفترض تأنيث المشرع أو الدستور أفعالا بنواتها أو صورا من الامتناع يحدانها، أن تتمحض سلوكا -إيجابيا كان أم سلبيا- فلا تكمن في أعماق النفس، ولا تكون مغلفة بدخائلها.

وإنما يكون ارتكابها أو الامتناع عن إثباتها معبراً عن إرادة عصيان نصوص عقابية أمرٌ زجر بها المشرع المخاطبين بها.

ولا كذلك ما نقره السلطة التشريعية من نصوص قانونية في مجال التجريم، ولا ما يصدر من هذه النصوص عن السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها.

ذلك أن تلك النصوص لا تبلور عملاً مادياً تظهر به الجريمة على مسرحها، ولكنها تحدد لدائرة التجريم نطاقها، على ضوء الضرورة الاجتماعية التي نقرها(٣).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ١٧١٧/١٢/٢-قاعدة رقم ٢٢/١٨ - ٢٣ ص ٣٢٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٧/٧/٥ -قاعدة رقم ٧/٤٧ - ٨ ص ٧١٤ - ٧١٥ من الجزء الثامن؛ ص ١٥٣ من الجزء السابع -القضية رقم ٨ لسنة ١٦١٦ - "مستورية" -جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ١٨/٨ - ٢٠.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨١٨ "مستورية" -جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ -قاعدة رقم ٦٤ - ٦٥ ص ٩٣١، ٩٣٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

* لا يجوز أن يكون سريان النصوص العقابية رجعياً، بل مباشرة لتحكم الأفعال التي تقع بعد العمل بالقانون الذي يجرمها (١).

المطلب الرابع

في الجريمة العمدية وغير العمدية

١٥٥- مناط العلق التي ينظمها القانون الجنائي في مجال تطبيقه على المخاطبين بأحكامه الأفعال ذاتها، في علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية، إذ هي التي يتصور إثباتها ونفيها؛ وهي التي يتم التمييز على ضوءها بين الجرائم بعضها البعض، وهي التي تدبرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتقييمها، وإيقاع العقوبة التي تلائمها (٢)؛ وهي التي تستخلص منها كذلك توافر القصد الجنائي أو نخلفه من خلال نظرها في عناصرها، وتتقربها عما قصد إليه الجاني حقيقة من وراء ارتكابها.

ومن ثم تبلور عناصر هذه الأفعال إرادة عقل واع لبصر نتائجها وحرص على تحقيقها.

ولا يتصور بالتالي وفقاً لأحكام الدستور أن توجد جريمة في غيبة ركنها المادي، ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم، والنتائج التي أحدثها، بعيداً عن حقيقة هذا للفعل ومحتواه.

ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية - وليس النوايا التي يضررها الإنسان في أفعال ذاتة - تعتبر واقعة في منطقة التجريم كلما كانت تعكس سلوكاً خارجياً مؤلخاً عليه قانوناً.

فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها، وتم التعبير عنها خارجياً في صور مادية لا تخطئها العين، فليس ثمة جريمة (٣).

(١) "مستورية عليا" - للقضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ - مساعدة رقم ٢٧ ص ٤٢٧ من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" - للقضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ قاعدة رقم ٢ ص ٥٩ من الجزء الرابع من أحكامها.

(٣) الحكم السابق ص ٥٩.

١٥٦- والأصل في الجرائم، أنها تعكس تكويننا مركبا، باعتبار أن قولها تزامنا بين يد اتصال الإثم بعملها، وعقل واع خالطها ليهيمن عليها محمدا خطأها، متوجها إلى النتيجة المترتبة على نشاطها، ليكون القصد الجنائي ركنا معنويا في الجريمة (Mens Rea) مكملًا لركنها المادي (Actus Reus)، ومتلائما مع الشخصية الفردية في ملامحها وتوجهاتها.

وهذه الإرادة الواعية هي التي تتطلبها الأمم المتحضرة في مناهجها في مجال التجريم بوصفها ركنا في الجريمة، وأصلا ثابتا كامنا في طبيعتها. ذلك أن حرية الإرادة تعنى حرية الاختيار بين الخير والشر. ولكل وجهة هو مؤلّها، لتتحل الجريمة -في معناها الحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التي تفرضها الدولة بتشريعاتها، والإرادة التي تعمل فيها تلك النزعة الإجرامية التي يتعين أن يكون تقيومها ورد آثارها، بديلا عن الانتقام ولأثار المحض من صاحبها.

وغدا أمرا ثابتا -وكأصل عام- ألا يجرم الفعل ما لم يكن إراديا قلما على الاختيار الحر، ومن ثم مقصودا.

ولئن جاز القول بأن تحديد مضمون تلك الإرادة وقفا على ماهيتها، لازل أمرا عسوا، إلا أن معناها -وبوصفها ركنا ماديا في الجريمة- يدور بوجه عام حول النوايا الإجرامية أو الجائحة felonious intent أو النوازع الشريرة المدبرة malice aforethought أو تلك التي يكون الخداع fraudulent intent أو التي تتمحض عن علم بالتأثير، مقترنا بقصد الاقتحام حدوده guilty knowledge، لتدل جميعها على إرادة إثبات فعل بخيا(١).

على أن هذا الأصل -وإن ظل محورا للتجريم- إلا أن المشرع عمد أحيانا من خلال بعض اللوائح - إلى تقرير جرائم عن أفعال لا يتصل بها قصد جنائي، باعتبار أنها لا تكل بذاتها على جنوح إلى الشر والعدوان، ولا يخل بها قدر مرتكبها أو اعتباره، وإنما ضبطها المشرع تحديدا لمجرأها، وحدًا من مخاطرها، وأخرجها بذلك عن مشروعيتها -وهي الأصل- وجعل عقوباتها متوازنة مع طبيعتها، فلا يكون أمرها غلوا من خلال تغليظها، بل هينا في الأعم.

وقد تساعد هذا الاتجاه إثر الثورة الصناعية التي تزايد معها عدد العمال المعرضين لمخاطر أدواتها وآلاتها ومصادر الطاقة التي تحركها. واقتزن ذلك بتعدد وسائط النقل وتباين قوتها، ويتكسب

(١) الحكم السابق ص ٥٩ و ٦٠.

المدن وإزحام أحيائها، ويطلبه نواحي الإخلال بالصحة العامة وبوجه خاص من خلال الاتصال بالمواد الغذائية سواء عند إنتاجها أو توزيعها وتداولها أو بمراعاة نوعيتها.

وكان لازماً بالتالى -لمواجهة تلك المخاطر- أن يفرض المشرع على المسؤولين عن إدارة الصناعة أو التجارة وغيرهم قيوداً كثيرة غايتها أن ينتهج المخاطبون بها سلوكاً قويمًا يقتضيهما -بمثل العناية التى يتوقعها المشرع من أوساطهم، ليكون النكول عنها -يرغض للنظر عن نواياهم- دالاً على تراخى يقظتهم، ومستوجباً عقابهم.

غير أن تقرير هذا النوع من الجرائم فى ذلك المجال، ظل مرتبطاً بطبيعتها ونوعيتها، ومنحصراً فى الحدود الضيقة التى تقوم فيها علاقة مسئولية بين من يرتكبها، وبين خطر عام، لتكون أوثق اتصالاً برخاء المواطنين وصحتهم وسلامتهم فى مجموعهم *Public Welfare Offenses* وبإهمال من قارفها النوع الرعاية التى تطلبها المشرع عند مباشرته لنشاط معين، أو بإعراضه عن القيام بعمل لائق عليه باعتباره واجباً، وبمراعاة أن ما توخاه المشرع من إنبائها هو الحد من مخاطر بذواتها بتقليل فرص وقوعها، وإتمام القدرة على السيطرة عليها، والتحوط لدرئها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون إيقاع العقوبة المقررة لها، مطلقاً على النوايا المقصودة من الفعل، ولا على تبصر النتيجة الضارة التى أحدثها *foreseeability of resulting harm*

ذلك أن الخوض فى هذين الأمرين يعطل أغراض التجريم، ولأن المتهم -ولو لم يكن قد أراد الفعل- كان باستطاعته أن يتوقاه أو يذل جهداً معقولاً لا يزيد وفقاً للمقاييس الموضوعية عما يكون متوقفاً عقلاً من أوساط الناس *Ordinary reasonable man*. فلذا لم يبذل هذا الجهد، ونجم ضرر عن الفعل، صار مسئولاً عنه ولو وقع بصفة عرضية أو كان مجاوزاً تقديره.

١٥٧- ولازم ما تقدم، أن الجرائم غير العمدية استثناء من الأصل فى جرائم للقانون العام التى لا تكتمل مقوماتها إلا باعتبار أن القصد الجنائى ركن فيها، مقتضياً تنحلاً إيجابياً مقترناً بإرادة الواعية التى تعطى للعمل دلالة الإجرامية. وبها يكون العنوان فى الأعم وألقا على حقوق الأفراد أو حرياتهم أو ممتلكاتهم أو حياتهم أو آدابهم *public decency and morality* (١).

١٥٨- ويمثل القصد الجنائي أكثر العناصر تعقيدا في المجال الجنائي، باعتباره متصلا بالحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين أقدم مختارا على إثبات الفعل للمؤثم قانوناً. وهي حالة أدخل إلى العوامل الشخصية التي تكل على أن إثبات الجاني أفعالا بنواتها، كان بغرض تحقيق نتيجة إجرامية بعينها. ولا كذلك الجريمة غير العمدية التي تقوم على إهمال نوع من الرعاية كان ينبغي أن يلتزمها. الجاني فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة في بنائها إلى الخطأ، وجورها أعمال يخالطها سوء التقدير، أو ينتفى عنها الاحتراس والتبصر، أو تتمحض عن رعونة لا حذر فيها. ومن ثم أحاطها القانون الجنائي بالجزاء، مُحددا ضابطها بما كان ينبغي أن يكون سلوكا لأوساط الناس، يقوم على واجبهم في التزام قدر معقول من التحوط [Ordinary reasonable person's standard of care] لتمثل الجريمة غير العمدية انحرافا ظاهرا عن ذلك المقياس، يتحدد بقدرة نوع الجزاء عنها، ومقداره.

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، دائرا أصلا -ربوجه عام- حول النتيجة الإجرامية التي أحثتها، فكلما أوداها الجاني وقصد إليها، موجها جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحوط لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية يتولى المشرع دون غيره عناصر الخطأ التي تكونها.

وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبها لغير من ارتكبتها، ولا اعتباره مسئولا عن نتائجها، إذا انفك اتصالها بالأفعال التي أتاها (١).

وما تقدم مؤداه، أن الجرائم غير العمدية يجمعها معيار عام يتمثل في انحرافها عما يعد -وفقا للقانون الجنائي- سلوكا معقولا لأوساط الناس؛ وأن صور الخطأ التي تقارنها، تتباين فيما بينها، سواء في نوع المخاطر التي تتصل بالخطأ أو درجتها.

ويتعين بالتالي أن يتدخل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤثما في تقديره، مع بيان عناصر الخطأ في كل جريمة غير عمدية قطعاً لكل جنل حول ماهيتها، وحتى لا تحمل التفسير

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤/١٩ - ١٦ من ٢٩٠ - ٢٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

العقابية المخاطبين بها بما لا يطيقون، ولا تؤخذهم بما جهلون، ولا تمد إليهم بأسها وقد كانوا غير مندرين، ولا أن تنهاتهم عما ليس عليهم، وإلا كان التجريم خداعاً أو خطأ، يناقض النظم العقابية جميعها التي تنبئ أن تتحدر آمية الإنسان إلى أننى مستوياتها إذا ما أخذ بالظن والاحتمال..

وكما فرض النص المطعون فيه عقوبة المخالفة كجزاء على الأفعال التي لثمها، فإن ومن هذا الجزاء، يدل على نطقه بأفعال لا يعتمد ما مرتكبها، ليكون قوامها خطأ اتخذ من مفهوم الجريمة غير العمدية، إطلاء.

المطلب الخامس

في رجعية للقانون الأصلح للمتهم

١٥٩- كذلك فإن الأصل في النصوص العقابية هو أن يكون سريانها بائز مباشر، فلا يكون تطبيقها رجعياً إعمالاً لقاعدة كفلتها للمواثيق الدولية، وردتها المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية التي تقضى بأنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذي ينص عليها^(١). ولا نفاذ للقوانين الجنائية بالتالى فيما قبل وقت العمل بها، وإلا كان تطبيقها رجعياً.

ويتعين لذلك ألا تتطرق هذه القوانين بغير الأفعال التي ارتكبتها جنتها بعد سريانها، ليكون نفاذ تلك القوانين سابقاً عليها *La loi préalable*.

على أن سريان القوانين الجنائية، على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان غير جائز أصلاً، إلا أن إطلاق هذه القاعدة يفقدها معناها.

ذلك أن الحرية للشخصية، وإن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ، إلا أن القانون الجنائي الأكثر رفقاً بالمتهم، يكتلها ويصونها.

(١) "مستورية عليا القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جملة ١٥ مارس ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٧/٣٠ - ص ٤٦٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ويتحقق ذلك إما بإنهاء تجريم أفعال أئمتها قانون جنائي سابق، أو عن طريق تعديل تكييفها، أو بتغيير بنين بعض عناصرها، بما يحو عقوبتها كلية أو يجهلها قل وطأة؛ وبمراعاة أن غلو العقوبة أو هوانها، إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم في مجال تطبيقها بالنسبة إليه (١).

ومن ثم نكون أمام قاعدتين تجريبان معا، ويتكاملان:

أولاهما: أن مجال مريان القانون الجنائي ينحصر أصلا في الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يكون رجعيا كلما كان أئد وقعا على المتهم.

ثانيتها: وجوب تطبيق القانون اللاحق على وقائع كان يؤشها قانون سابق، كلما كان تطبيق القانون الجديد في شأن المتهم، أكفل لحريته.

ذلك أن كل قانون جديد يحو عقوبة الأفعال التي أئمتها القانون القديم أو يخففها، إنما ينشئ للمتهم مركزا قانونا أفضل يقوض مركزا سابقا.

ومن ثم يحل القانون الجديد - وقد صار أكثر رفقا بالمتهم، وأعون على صون الحرية للشخصية التي اعتبرها الدستور حقا طبيعيا لا يمس - محل القانون القديم، فلا يتراخسان أو يتداخلان، بل يكون أحقهما أولى بالتطبيق من أسبقهما.

وغدا لازما بالتالي - في مجال إعمال للقوانين الجنائية الموضوعية الأكثر رفقا بالمتهم - توكيد أن صون الحرية الشخصية من جهة وضرورة النفاذ عن مصالح الجماعة وللحوط لنظامها العام من جهة أخرى، مصلحتان متوازيتان، فلا تتهللمان.

وصار أمرا مقضيا، وكلما كان التجريم المقرر بالقانون السابق، قد ارتبط بتدابير استثنائية قرر المشرع ضرورة اتخاذها خلال الفترة التي ظل فيها هذا القانون نافذا؛ وكان القانون اللاحق قد دل على أن هذه التدابير الاستثنائية التي أنبنى التجريم عليها، وخرج من صلبها؛ لم تعد لها من فائدة، فإن تطبيق هذا القانون يكون أكثر ضمانا للحرية الشخصية التي كفل للمستور صونها (٢). فلا يكون إنفاذ

(١) الحكم السابق - قاعدة رقم ٩/٣٠، ١٠ - ص ٤٦٧، ٤٦٨ من الجزء الثامن.

(٢) الحكم السابق - قاعدة رقم ١٦/٣٠، ٢٠ ص ٤٧٢ و ٤٧٣ من الجزء الثامن.

القانون الجديد منذ صدوره، إلا تثبيتها للنظام العام بما يحول دون انتهاك عقده، بعد أن صار هذا القانون أكمل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم.

وما تطبيق القانون الأصلح للمتهم إلا إعمالاً للسياسة العقابية الجديدة التي اختطتها السلطة التشريعية على ضوء فهمها للحقائق المتغيرة للضرورة الاجتماعية.

ويفترض إعمال السياسة، أن يكون القانونان السابق واللاحق للذاتن نقارنهما ببعض لتجديد أصلحهما للمتهم، غير مخالفين للدستور، ومتزاحمين على محل واحد، ومتفاوتين في العقوبة المقررة بكل منهما. فلا نأخذ من صور الأجزاء التي تتعاضد على المحل الواحد، إلا تلك التي تكون في محتواها أو أوصافها أو مبلغها *Le contenu, les modalités et le quantum des peines* أقل بأما من غيرها.

والمبادئ المتقدم بيانها والتي رددتها الأمم المتحدة، هي التي كفلها في فرنسا مجلسها الدستوري وذلك فيما قرره من:

أولاً: كلما نص القانون الجديد على عقوبة أقل قسوة من تلك التي قررها القديم، تعين أن تعامل النصوص القانونية التي تتغيا الحد من آثار تطبيق القانون الجديد في شأن الجرائم التي تم ارتكابها قبل نفاذه، والتي لم يصدر فيها بعد حكم حائز لقوة الأمر المقضى، باعتبارها متضمنة إخلالا جسيما بالقاعدة التي صاغتها المادة ٨ من إعلان ١٩٧٩ في شأن حقوق الإنسان والمواطن، والتي لا يجوز للمشرع على ضوءها أن يقرر للأفعال التي يؤتمها، غير العقوبة التي تقتضيها ضرورة شديدة الحدة والوضوح *Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*.

ذلك أن عدم تطبيق القانون الجديد على الجرائم التي ارتكبها جناتها في ظل القانون القديم، مؤداه أن ينطق القاضي بالعقوبات ذاتها التي قررها هذا القانون، والتي لم يعد لها في تقدير السلطة التشريعية التي أحدثتها - من ضرورة (١).

ثانياً: أن تأنيب المشرع لأفعال بنواتها، لا ينفصل عن عقوباتها التي يشترط لتوقيعها أن تكون مشروعة في ذاتها، وبون ما إخلال بحقوق الدفاع التي تقارنها.

ولا تتعلق هذه الضوابط بالعقوبات التي توقعها السلطة القضائية فقط، ولكنها تمتد لكل جزاء ينتم بخصائص العقوبة، ولو كان المشرع قد عهد بالنطق به إلى جهة غير قضائية(١).

ثالثاً: على جهة الرقابة على الدستورية -إحصائياً منها- مبدأ شرعية الجرائم وعقوبتها- أن تفصل في ملازمة العقوبة التي فرضها المشرع للأفعال التي أثمها، باعتبارها شرطاً مبدئياً لتقرير دستوريته(٢). فإذا اختل التوازن بصورة ظاهرة بين الجريمة وعقوبتها، صار الجزاء للجناي مخالفاً للدستور(٣).

رابعاً: أن النصوص الجنائية التي يتعين تطبيقها بأثر مباشر على الأفعال اللاحقة للعمل بها، هي تلك التي تكون عقوبتها أشد قسوة من تلك التي قررتها النصوص القديمة(٤).

خامساً: القول بعدم سريان القانون الأصلح على الجرائم التي تم ارتكابها في ظل القانون القديم، مؤداه تطبيق العقوبة المنصوص عليها في القانون القديم، والتي لم يعد لها من ضرورة فسي تقدير السلطة التشريعية ذاتها(٥).

"Le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne, la loi pénale nouvelle plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires".

(1) C.C. 87 - 237 D.C., 30 decembre 1987, R.p. 63.

(2) C.C. 86 - 215 D.C., 3 Sep. 1986, R.p.130 ; C.C. 87 - 237 D.C., 30 dec. 1987, R.p.63.

(3) C.C. 87 - 237. D.C., 30 Sep. 1987, R.p.63.

ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي كان قد أصدر حكماً في ٢٠ يناير ١٩٩٤ أثار قدراً كبيراً من الجدل لأنه قضى بأن عقوبة الثلاثين عاماً التي فرضها المشرع على قتل القاصر للذين بلغوا خمسة عشر سنة والتي اقترن القتل بها أو كان مسبوقاً باغتصاب الضحية أو تخريبه أو مباشرة أعمال بربرية عليه، لا تنسجم بالمعاقلة، ولا تتسق ضرورة العقوبة لمواجهة هذه الأفعال.

C.C. 93 - 334 D.C., 20 Janvier 1994, R.p.27.

(4) C.C. 82 - 125 D.C., 30 decembre 1982, R.p.88.

(5) C.C. 80 - 127 D.C., 19 et 20 Janvier 1981, R.p.15.

المبحث الثالث

الرقابة الدستورية في مجال القانون الجنائي الإجرائي

١٦٠- يبلور قانون الإجراءات الجنائية خصائص للدعوى الجنائية، ومن له الحق في رفعها ومباشرتها وقيود تحريكها (١) وتحقيقها، وأحوال انقضائها، وللقيام بأعمال التحقيق، وعلى الأخص ما يتعلق منها بالتلبس بالجريمة، والقبض على المتهم ودخول المنازل وتفتيشها، وتفتيش الأشخاص وسماع الشهود والاستجواب والمواجهة، وانتهاء التحقيق والعودة إليه لظهور دلائل جديدة. فضلاً عن طرق الطعن في الأحكام وأحكام تنفيذها.

وهذه القواعد جميعها -وبالرغم من طبيعتها الإجرائية- تؤثر في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية. وغايتها الفصل في الاتهام الجنائي بصورة منصفة في نطاق حد أدنى من الحقوق التي تكفلها للمتهم، والتي يوازن بها تلك التي تملكها سلطة الاتهام.

ومن ثم كان منطقياً أن نعرض للمحاكمة المنصفة من جهة خواصها، وضرورتها، ونطاق الحقوق التي تكفلها، والتي يندرج تحتها افتراض براءة المتهم، ونطاق هذا الافتراض وأثره على سير الدعوى الجنائية، وضوابط التحقيق والفصل في الاتهام. وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

المطلب الأول

ضوابط المحاكمة المنصفة وخصائصها

١٦١- لا تتعلق ضوابط المحاكمة المنصفة بالدعوى الجنائية وحدها، ولكنها تنبسط إلى كل دعوى، ولو كانت الحقوق المثارة فيها من طبيعة مدنية، وعلى الأخص فيما يتعلق بضمانة الدفاع التي تعتبر أصلاً في الدعاوى جميعها، وبغض النظر عن موضوعها.

على أن الدستور -وبالنظر إلى وطأة القيود التي تفرضها القوانين الجزائية على الحرية الشخصية- حرص على أن يولى الاتهام الجنائي عناية خاصة، فأحاط هذا الاتهام بعدد من الضوابط التي نص عليها في المادة ٦٧، كي يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويهاً لأهدافها، بما يخل بالتوازن بين حق الفرد في الحرية من جهة، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية من جهة أخرى.

(١) من ذلك نعلق الحق في رفعها على شكوى أو إذن أو طلب.

ومن المتصور في مجال القانون الجنائي الإجرائي، ألا تتحد القواعد التي يقوم عليها هذا القانون، بالنظر إلى تغير الوقائع التي تحكمها، والمراكز التي تواجهها، والأشخاص المخاطبين بها (١)، إلا أن هذه القواعد -سواء في مضمونها أو عموم تطبيقاتها- لا يجوز أن تدخل بالحد الأدنى لتلك الحقوق التي لا يطمئن المتهم مع غيابها إلى الفصل في الدعوى الجنائية بطريقة منصفة. وتتقدم هذه الحقوق، ضرورة أن يخطر المتهم في أقصر أجل -تفصيلاً- بالواقعة التي يدور الاتهام حولها، وبالأدلة التي تثبتها، وأن يفهم المتهم حقيقتها باللغة التي يدركها، وإلا تولى مترجم بيان ماهيتها، وتوضيح ما خفي من جوانبها.

ويتعين أن تنهياً للمتهم كذلك -على ما تنص عليه الفقرة ٣ من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان- كافة الوسائل الضرورية التي يتطلبها إعداد دفاعه، وأن يختار محامياً إذا كان قادراً على دفع أتعابه، وإلا حصل من الدولة بغير مقابل على محام يتولى هذا الدفاع لمصلحة العدالة. وله كذلك أن يستوجب الشهود الذين تقدمهم النيابة وأن يواجههم، وأن يتقبل شهادتهم بشهوده، ووفق الشروط ذاتها.

وعملاً بالفقرة الأولى من المادة ٦ من هذه الاتفاقية، يكون لكل متهم حق في الاستماع إليه وفق إجراءات منصفة، وعادلة، وخلال مدة معقولة؛ وأن تتولى الفصل في حقوقه والالتزامات المدنية، أو في الأساس الذي تقوم التهمة عليه، محكمة مستقلة ومحايدة تنشئها القانون.

وينطبق بالحكم علانية، وإن جاز منع الصحافة أو الجمهور، من دخول قاعة الجلسة سواء بالنسبة إلى كامل إجراءاتها أو بالنظر إلى بعض جوانبها، كلما كان ذلك مطلوباً لمصلحة أمن الوطن، أو النظام العام، أو لحماية الأخلاق في مجتمع ديمقراطي؛ وكذلك إذا كان هذا الحظر يقتضيه حماية مصلحة القصر، أو صون خواص الحياة؛ أو كان من شأن علانية جلساتها -وبالنظر إلى بعض الأوضاع الخاصة- الأضرار بالعدالة في ذاتها.

تلك هي الخطوط العريضة لحقوق المتهم في مواجهة سلطة الاتهام ويندرج تحتها بوجه خاص:

أولاً: أن يفصل في الاتهام خلال مدة معقولة *Un délai raisonnable* ذلك أن العدالة المتأخرة تناقض العدالة الناجزة؛ والعدالة الجامحة غير العدالة المتبصرة. وترسخها مساو إنكارها *Justice*

(١) فالأحداث مثلاً لهم قواعد إجرائية تخصهم.

L'exigence de *celerite* غير التردد في إنفاذها. والإسراع في تحقيقها. *delayed, justice denied* بما يخل بمصدقيتها وفعاليتها.

وتتحدد المدة المعقولة التي يفصل خلالها في الاتهام الجنائي على ضوء معيار مررن يعتد بأوضاع كل جريمة وظروفها، خاصة ما تعلق منها بدرجة تعقدها وتشابكها في وقائعها وملاحقتها القانونية؛ وتنوع أدلتها؛ وخفاء مسرحها؛ وندره الشهود عليها أو غيابهم؛ وكذلك ملوك كل من المتهم والنيابة ومناوراتهم^(١)، وبمراعاة أن تأخير الفصل في الاتهام الجنائي، يلحق بالمتهم إضرار جسيمة لا تقوم حاجة إلى إثباتها، لأنها تفترض. ذلك أن بقاء الجريمة بخير فصل في ثبوتها أو انتفاءها، يجعل للمتهم قلقاً مضطرباً، فلا يطمئن إلى مصيره. وإنما يظل ملاحقاً بانتهام لا تبدو لادائرة شروعه من نهاية، فضلاً عن احتمال اختفاء شهوده أو وهن ذكركم.

والعدالة فوق هذا لا تعتبر محض قيمة نظرية، وإنما يتعين أن يلمعها المتهم وأن يعايشها ويشهدها ببصره *Justice must not only be done, it must be seen to be done*.

وعلى الدولة بالتالي أن تعمل على تطوير نظمها القضائية حتى تكفل لمن يمثلون أمام محاكمها فصلاً منصفاً وعالياً في الاتهام الموجه إليهم، وكذلك في حقوقهم والتزاماتهم المدنية، بما يكفل تكامل إجراءاتها منظوراً إليها في مجموعها.

١٦٢- وينبغي أن يلاحظ كذلك:

أولاً: أن الانتفاع في الفصل في الاتهام الجنائي، لا يقل سوءاً عن الفصل فيه بصورة متراخية.

ذلك أن الضرر واحد في الحالتين، لأنها ينتهيان إما إلى عدالة مختصرة، وإما إلى عدالة يستطيل زمن تحقيقها. فلا يكون الحكم الصادر في الخصومة الجنائية مستهدفاً إحقاق الحق، بل

(١) من قبيل مملك المتهم أن ينزل المحامين الذين يدافعون عنه، في نطق مناوراته التي يستهدف بها عدم الفصل في الدعوى الجنائية. ويكون مملك النيابة كذلك معيياً، إذا لم توضح التهمة بصورة كافية، أو إذا تمتعت إخفاء بعض أدلتها لتطول معاناة المتهم. ولا يكفى مجرد السلوك السيئ، بل يتعين حتى يكون المتهم أو النيابة مسئولة عن طول المحاكمة، أن يكون السلوك تمييزياً.

Jean Claude Soyer et Michel de Slavia, commentaire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, in La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Sous la direction de Louis - Edmond Petititi et Emanuel Decaux. Commentaire article par article. Economica. p.p. 267- 268.

متواتياً أو متعجلاً. بما يناقض الحرية المنظمة، ويمعارض مفاهيم العدل التى ارتضتها الأمم المتحضرة ملوكاً لها، حتى فى أفضح الجرائم وأسوأها وقعا، وأشدّها خطراً.

ثانياً: يتعين فى مجال تقييم خروج المحكمة على ضوابط الاعتدال، أو إنصافها المتهم، النظر إلى إجراءاتها وضماناتها فى مجموعها^(١). L'ensemble du procès en cause بوصفها وقعة فى إطار الحقوق التى يملكها المتهم، ويوازن بها حقوق سلطة الاتهام قبله، كافتراض البراءة، وحقوق الدفاع ونكافؤ الأسلحة، والحق فى المواجهة.

وحقوق المتهم هذه هى التى عدتها، وإن لم تحصنها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ولا يجوز بالتالى فصلها عن جذور المفاهيم التى تضمها إلى بعضها، والتى تعتبر المحاكمة المنصفة إطاراً لها^(٢) L'exigence d'équité.

ثالثاً: أن علنية المحاكمة وإن كان يحوز حظها فى الأحوال الاستثنائية التى حددتها الفقرة الأولى من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية المشار إليها؛ إلا أن هذه العلنية L'exigence de publicité تكفل ألا تتم المحاكمة وراء جدران مغلقة؛ وأن يكون إطلال الجمهور على وقائعها وإجراءاتها كافلاً لثقتهم فى القضاء، ومراقبتهم فى تصرفاتهم.

وهى كذلك ضمان لإدارة العدالة بطريقة فعالة تؤمن إنصافها، بما يصون للنظم الديمقراطية واحداً من أهم خصائص ملامحها.

رابعاً: أن ضمان استقلال المحكمة التى تفصل فى الاتهام، يقتضى ردع السلطة للتفيزية عن كل أشكال التدخل فى شئونها. ولا كذلك حينتها التى تقترض من جانبها موفاً لا تفضل فيه خصماً على آخر. فلا تتحاز لأحدهما إضراراً بغيره، وإلا كان حكمها قريناً للتحكم. ويتعين فى كل جلال ألا تكون حينتها واستقلالها مظهرأ بلا مضمون^(٣).

(١) أنظر فى ذلك قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان:

Affaire Goddi c. Italie, arrêt du 9 avril 1984, A no 76 & 28.

(٢) أنظر فى ذلك قضاء هذه المحكمة فى:

Affaire Borgeres c. Belgique, arrêt du 30 Oct. 1991, A no 214 b, & 25; Affaire Francesco Lombardo C. Italie, arrêt du 26 Nov. 1992, A no 249 - B. & 23

(3) Affaire De Cubber c. Belgique, arrêt 28 Oct. 1984, A no 86, 29.

خامساً: يجب أن تكون وظيفة المحكمة من طبيعة قضائية، وأن تفصل بنفسها في العناصر الواقعية والقانونية للنزاع حتى ينصم. ويفترض ذلك أن يكون طرق أدائها حق لكل شخص، وأن تكون بيدها سلطة التقدير والتقرير فصلاً في هذا النزاع.

ولأن الحرية الشخصية لا يجوز تقييدها دون مقتض، فإن صونها يقتضى أن تتولى مباشرة الاتهام بنفسها، إثبات وقوع الجريمة بأركانها التي عينها المشرع، وذلك من خلال عرض أدلتها على الهيئة القضائية للإفحام بها، بما يزيل كل شبهة لها أساسها حول صحتها.

ذلك أن النيابة تعتمد من خلال اتهامها لشخص بجريمة تدعيها، إلى خلق صورة جديدة تتناقض لفترض البراءة التي لا ينحيا إلا حكم قضائي تعلق بجريمة بذاتها، وصار باتاً في شأن نسبتها إلى فاعلها، وفاصلاً في كل ركن من أركانها، بما في ذلك القصد الجنائي إذا كان متطلباً فيها؛ وبما يحول دون افتراض المسؤولية الجنائية، ولو في أحد عناصرها. وقد تنقسم الجريمة التي تنسبها إلى المتهم بتدخل صور متعددة من النشاط فيها. فلا يتم الفصل فيها إحصافاً إذا كان الدفاع غالباً عنها، أو كان الدفاع بشأنها حتى مع وجوده، لا يقدم معونة فعالة للمتهم. وهو يكون كذلك إذا لم يحسط بالدعوى الجنائية من كلفة جوائبها، أو قصر عن مواجهة حكم القانون فيما هو هام من نقاطها؛ وما يكون من الحلول والبدائل أكثر احتمالاً في مجال كسبها، فضلاً عن مساندتها بما يكون لازماً من الأوراق التي توثقها.

كذلك فإن لكل متهم وسائل إجرائية يقتضيها وفقاً للامتور من سلطة الاتهام، ومن محكمة الموضوع ذاتها، وإلا وقع الحكم الصادر عليها باطلاً.

ويندرج تحتها أن ينفي التهمة الموجهة إليه بكلفة الوسائل القانونية، وأن يولج للشهود الذين قمتهم سلطة الاتهام وبجرهم؛ وإلا يحمل على شهادة يدان بسببها؛ وألا يتورط في دفاع خاطئ إذا فاجأته سلطة الاتهام بأدلة كانت قد أخفتها؛ وأن يتكافأ -بوجه عام- مركزه معها. فلا يحوز حقوقاً -على الأقل من الناحية القانونية- غير تلك التي تملكها. بل يتكافأ في أسلحتهما، وإن لم يكن هذا التكافؤ واقعياً.

ذلك أن الموارد الهائلة التي تحوزها سلطة الاتهام، والتي تكبر من خلالها أُلُتْها وشهودها، والحماية القانونية التي توفرها لهم من مخاطر العدوان عليهم بعد الشهادة التي يقدمونها، يستحيل عملاً أن يتوافر للمتهم ما يقابلها، إلا إذا كان فاحش الثراء (١).

المطلب الثاني

أصل البراءة

الفرع الأول

افتراض براءة المتهم، من خصائص النظام الاتهامي

١٦٢- افتراض براءة الشخص من التهمة الموجهة إليه، لا يعدو أن يكون استمحاباً للفطرة التي جبل الإنسان عليها، وشرطاً لازماً للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية. وهو كذلك وثيق الصلة بالحق في الحياة، ويدعائم العدل التي تقوم على قواعدنا النظم المدنية والمياسية جميعها.

وهذه البراءة -رباعتبارها جزءاً من خصائص النظام الاتهامي Accusatorial system- لا يجوز تعليقها على شرط يحول دون إنفاذ محتواها؛ ولا تعطيلها من خلال اتهام ولو كان جدياً؛ ولا نقضها سواء بإعفاء النيابة من التزاع بالتحليل على صحة اتهامها، أو عن طريق تدخلها للتأثير دون حق في مسار الدعوى الجنائية. ومن ثم كفلتها المادة ٦٧ من الدستور لكل متهم؛ مرددة بها نص المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والفقرة الثانية من المادة ١٤ من العهد الدولي للعقوق المدنية والمياسية.

(١) راجع في ضوابط المحاكمة الملصقة وعدم جواز افتراض المسؤولية الجنائية، أحكام المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية -تصوية بجلستها المقفودة في ٥ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٨ من ٧٤١ من الجزء الثامن وما بعدها؛ وفي القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١٦/١١/١٩٩٧- قاعدة رقم ٩ -ص ١٢٤ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ١ أيلول ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٩ -ص ٢٨٦ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٧ -ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية -جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن؛ وفي القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ -ص ٤٥ وما بعدها من الجزء السابع؛ وفي القضية رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٩ -ص ٧٧٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

١٦٤- وصار من البدهي أن كل إخلال بأصل البراءة يعد خطأ لا يغتفر A prejudicial Error ونكولاً عن المفاهيم المبنيّة An Axiomatic precept مستوجبا نقض كل قرار لا يتوافق معها (١).

ولأن أصل البراءة لا يترشح إلى أن يُنقض من خلال حكم قضائي صار باتاً بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها بكل مكوناتها- كان نقياً متكاملاً؛ فإن هذا الأصل يظل قائماً في مرحلة ما قبل المحاكمة، ولتأني نظرها، وفيما بعد الحكم الصادر فيها إذا كان الطعن فيه جائزاً. وهو بذلك حالة واقعية لا يمسقطها إلا حكم قضائي صار مستعصياً على الجدل.

وكما أهدر المشرع من خلال قرينة قانونية أحدثها- افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه، كان ذلك إخلالاً بوسائل دفعها، وإهداراً لتوازن بين الحقوق التي يملكها لحضنها، وذلك التي تحوزها سلطة الاتهام لإثباتها؛ وإخلالاً لإرادة السلطة التشريعية محل إرادة السلطة القضائية، لتتجها عن وظائفها الأصلية في تحقيق الدعوى الجنائية، وتقدير أدلتها في شأن جريمة يدعى ارتكابها، ولا يتصور إسنادها لفاعلها إلا بعد توافر ركبتها بالشروط التي تطلبها المشرع فيها (٢).

ذلك إن القانوني جميعها تعتبر من عمل المشرع، وهو يفرضها في مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غايتها افتراض واقعة بذاتها -لا تكتمل بدونها أركان الجريمة المدعى ارتكابها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهم إلا نفيها (٣).

* ويبدو افتراض البراءة -وهو ينبسط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التي تسبقها وتؤثر فيها- أكثر ضرورة في مجال حقوق الدفاع، خاصة وأن الوسائل التي تملكها النيابة العامة في مجال إثباتها للجريمة، تدعها موارد ضخمة يقصر المتهم عنها، ولا يوازنها إلا لافتراض براءته، لضمان ألا يبدن عن الجريمة ما لم يكن للدليل عليها مبررنا من كل شبهة لها أساسها Dans la doute, on acquitte.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "مستورية" -جلسة ٣ يناير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٥٤/٧٧ ص-١٠٤٤ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) الحكم السابق ص-١٠٤٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٣) الحكم السابق -قاعدة رقم ٨٠٧/٧٢- ص ١٠٤٥-١٠٤٦ من الجزء الثامن. أنظر كذلك القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "مستورية" جلسة ١٩٩٨/٣- قاعدة رقم ٣/٧٢ ص ١٠٤٤ من الجزء الثامن.

الفرع الثاني

تفسير النصوص العقابية في نطاق أصل البراءة

١٦٥- ولا يجوز أن تنصر النصوص العقابية، باعتبارها نافية لأصل براءة المتهمين بمخالفاتها، ولا حائلة دون التكيل بكل الطريق على الإخلال بها.

بل يكون لكل منهم -ونزولاً على هذا الأصل- أن يعتصم بصمته ابتداء إلى أن تقدم النيابة العامة الدليل على اتهامها؛ وأن يفيد انتهاء مما يعبر شكا معقولا *Doute raisonable* يتصل بالتهمة من جهة ثبوتها (١).

ولأن أصل البراءة قاعدة أولية توجبها الفطرة التي جبل الإنسان عليها، ويتطلبها الدستور لصون الحرية الشخصية في مجالاتها الحيوية، ليوفر بها لكل فرد الأمن في مواجهة التحكم والتسلط والتحايل؛ فقد صار مفهوماً أن يلزم هذا الأصل كل شخص -ليس فقط عند مولده- بل كذلك في كل أطوار حياته -سافعاً وكهلاً حتى نهايتها- ليهيمن هذا الأصل على أعمال الاستدلال والتحقيق جميعها، وعلى الخصومة الجنائية ذاتها في كافة مراحلها، وإلى يصدر في موضوعها حكم قضائي يكون باتاً. وصار مقروءاً، بالتالي أن الاتهام بالجريمة ليس قرين ثبوتها، ولا يقوم مقام التكيل عليها ولو كان الاتهام متساند الدعائم (٢).

الفرع الثالث

أحوال لا يجوز أن ينتفي فيها أصل البراءة

١٦٦- ومما ينفي أصل البراءة دون حق:

-
- (١) "مستورية عليا" للقضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ ق "مستورية" للقاعدة رقم ٣/٧٢ -جلسة ٢ أيلول ١٩٨٨- ص ١٠٤٥ -
١٠٤٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.
- (٢) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٨ -ص ٧٤٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ٢٢/٢- ١٩٩٥- قاعدة رقم ١٤/١٥ -ص ٢٧١- ٢٧٢ من الجزء السابع؛ القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ ق "مستورية" -جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣/٨- ٤- ص ١٢٧- ١٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

أولاً: أن يقيد المشرع الحرية الشخصية بتدابير لها خصائص العقوبة، دون أن تقابلها أفعال أنمها بعد تعيينها بصورة دقيقة(١).

ثانياً: أن يقيد المشرع إدارة أشخاص لأموال يملكونها أو يمنعونهم من التعامل فيها متسانداً فسي ذلك إلى قيام دلائل كافية من التحقيق، على تورطهم في إحدى الجرائم التي عنيها(٢). ذلك إن هذه الدلائل ليس لها قوة اليقين القضائي. وليس كافياً لنقض أصل براءتهم، أن يكون اتهمهم بإحدى الجرائم التي عنيها المشرع، أو الحكم عليهم مذنوناً رجحانه وحتى بعد اتهامهم، فإن أصل البراءة يجمعهم مع كل شخص آخر، متهماً أو غير منهم، فلا يكون التمييز بينهم -أصل البراءة يحيط بهم- إلا منافعاً حكم للعقل Unreasonable، ظاهر التحكم Palpably arbitrary، ومخالفاً كذلك لحكم المادة ٤٠ من الدستور(٣).

ثالثاً: تقرير تدابير استثنائية في شأن الأشخاص الذين اتهموا جدياً أكثر من مرة فسي جنائية حددها المشرع أو للذين حكم عليهم من قبل أكثر من مرة بأرتكابها.

(١) القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" -جلسة ١٢/٧/١٩٩٤- قاعدة رقم ١٧ -ص ١٦٩ من الجزء السادس.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً أو من قانون الإجراءات الجنائية على أنه يجوز للنياب العام إذا قلمت من التحقيق دلائل كافية على جنية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وغيرها من الجرائم التي تقع على الأموال المملوكة للحكومة أو الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لهما من الأشخاص الاعتبارية العامة، أن يأمر ضمناً بتنفيذ ما عسى أن يقضى به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة للمجنى عليها، بملع المتهم من التصرف في أمواله أو إدارتها أو غير ذلك من الإجراءات الاحتفظية.

وتنص فقرتها الثانية على أنه يجوز للنياب العام أن يأمر بتلك الإجراءات بالنسبة لأموال زوج المتهم وأولاده القصر ضمناً لما عسى أن يقضى به من رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها، ما لم يثبت أن هذه الأموال إنما آلت إليهم من غير مال المتهم.

وتنص فقرتها الثالثة على أنه يجب على النائب العام عند الأمر بالمنع من الإدارة، أن يمين لإدارة الأموال ويكلا. وقد قضى بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكرراً أ من قانون الإجراءات الجنائية، وبسقوط فقرتها الثانية والثالثة وكذلك المادة ٢٠٨ مكرراً ب من هذا القانون، وذلك في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" جلسة ٥ أكتوبر ١٩٦٦، قاعدة رقم ٨ ص ١٣٦ و١٣٧ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية عليا" - القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" جلسة ٥ أكتوبر ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٥/٨ - ص ١٢٨ من الجزء الثامن من أحكام المحكمة.

ذلك أن التدابير -التي يندرج تحتها إعادتهم إلى موطنهم الأصلي أو منحهم من التردد على أماكن بنواتها أو تحديد إقامتهم في جهة بعينها أو حرمانهم من مباشرة مهنة أو حرفة، أو إيداعهم في مؤسسة للعمل يحددها وزير الداخلية، يبيحها إن مصالح الناس لا يجوز أن ترتبط بغير أفعالهم التي يسألون عن حسناتها وقبحها(١).

ولا يزيد الاتهام -ولو كان جنيا وممتلكيا- عن مجرد شبهة. ولا يدل كذلك على خطورة إجرامية. ولا يجوز كذلك أن يفترضها؛ ولا أن يحيل الأشخاص غير المدانين بالجريمة، إلى منبئين.

فضلاً عن أن الأفعال وحدها هي مناط العقاب. وهي التي تديرها محكمة الموضوع على حكم العقل لتكون عقوبتها بناء على ثبوتها أو انقضاءها. ولا كذلك الخطورة الإجرامية التي لا تبلور سلوكاً محدداً أثناء جان، ولا تغالطها إرادة واعية تُجر بها عن قصد بلوغ نتيجة إجرامية بذاتها(٢).

ومؤدى التدابير الاستثنائية التي يفرضها المشرع في شأن الأشخاص الذين حكم عليهم أكثر من مرة في جنابة نص عليها، أن جرائمهم السابقة التي استوفوا القصاص عنها، ترشح لارتكابهم مستقبلاً جريمة جديدة غير معينة.

وهي بعد جريمة محتملة قلبيها المشرع إلى مفترضة قصد توقيفها بالتدابير التي نص عليها، فلا يكون إثبات هذه الجريمة غير مجرد أثر لحالة إجرامية يفترضها المشرع فيهم، ونسبها إليهم، وأقسام بها علاقة حتمية بين جرائم سابقة تورطوا فيها، وبين تدرجهم في حياتها من جديد، ليتصل ماضيهم بحاضرهم، وحاضرهم بمستقبلهم، وكان الذين حكم عليهم من قبل فسي جنابة حدها المشرع، منصرفون دوماً إلى الجريمة يفوقونها عوجاً، فلا يركنون عنها. وهو افتراض لا يجوز وفقاً

(١) تنص الفقرة ٤٨ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها بمد تعديلها بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٦٦، على أن <حكم المحكمة الجزئية المختصة بإخذ أحد التدابير الآتية على من سبق الحكم عليه أكثر من مرة، أو اتهم لأسباب جدية أكثر من مرة في إحدى الجنابات المنصوص عليها في هذا القانون: (١) الإيداع في إحدى مؤسسات العمل التي تحد بقرار من وزير الداخلية (٢) تحديد الإقامة في جهة معينة (٣) منع الإقامة في جهة معينة (٤) الإعادة إلى الوطن الأصلي (٥) حظر التردد على أماكن أو محال معينة (٦) الحرمان من ممارسة مهنة أو حرفة معينة. ولا يجوز أن تقل مدة التدبير المحكوم به عن سنة، ولا تزيد على عشر سنوات. وفي حالة مخالفة المحكوم عليه التدبير المحكوم به، يحكم على المخالف بالحبس. (٧) دستورية عليا للقضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٦٦- قاضية رقم ١٦/٤٨، ١٧، ١٨ ص ٧٤٦-٧٤٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

للمستور (١) خاصة بعد أن اكتمل القصاص في شأن الجرائم المماثلة جميعها، ودونما جريمة جديدة يدعى ارتكابها (٢).

الفرع الرابع

الطبيعة القانونية لأصل البراءة

١٦٧- ليس افتراض البراءة بقرينة قانونية، ولا هو من صورها. ذلك أن القرينة القانونية هي التي يقيمها المشرع مقدما ويسمها بعد أن يصوغها على ضوء ما يكون راجح للوقوع عملاً. وهي في حقيقتها إثبات غير مباشر يتحول به الدليل من الواقعة مصدر الحق المدعى به إلى واقعة أخرى قريبة منها، وبديلة عنها، بالنظر إلى ما بين هاتين الواقعتين من رابطة منطقية، تجعل ثانيتهما مفضية إلى أولهما.

وهذه الواقعة البديلة هي التي يعتبر ثبوتها إثباتاً للواقعة الأولى بحكم القانون.

ولا كذلك البراءة التي افترضها الدستور. فليس ثمة واقعة أبداً للمستور بغيرها. وإنما يقوم افتراض البراءة على أصل يلزم الإنسان منذ خلقه، مؤداه تطهره من كل خطيئة - وهو أصل صاحبه حتى مماته، فلا ينفك ما برح حيا (٣).

Innocence is more properly called an assumption as opposed to a presumption, It does not rest on any other proved facts, it is assumed.

والأصل أن ترتبط للقرائن القانونية بالمسائل المدنية، فإن تحدثها إلى غيرها، صار أمر دستوريها محدداً على ضوء مساسها بالحرية الشخصية، وإخلالها بمقوماتها. ولا يجوز بالتالي أن يمتد اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوباتها، إلى حد إحداثها لقرائن قانونية تنفصل عن واقعها. ولا تربطها بالتالي علاقة منطقية بالنتائج التي ترتبها عليها، لتجول بها

(١) الحكم السابق من ٧٤٩ - ٧٥٠ من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق من ٧٤٦ - ٧٤٨ من الجزء السابع.

(٣) 'مستورية عليا' - القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية 'مستورية' - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٥/١٥

٢٧٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

دون مباشرة السلطة القضائية لولايتها في مجال تحقيق الدعوى الجنائية التي اختصها الدستور بالفصل فيها^(١).

المطلب الثالث

ضوابط التحقيق والفصل في الاتهام الجنائي

١٦٨- لا يجوز للفصل في اتهام جنائي بما يخل بالحد الأدنى من الحقوق التي يتعين ضمانها لكل متهم، والتي يندرج تحتها أصل البراءة كقاعدة جوهرية ترد عن المتهم كل اتهام لا يقوم على ساق من خلال شبهة لا يتوافر بها الحق فيه. فلا ينال الاتهام ولو كان جدياً- من أصل البراءة. ولا يهدم كذلك بناء على جريمة لم يَمُ الدليل عليها، أيا كان قدر خطورتها، أو سوء تقبل الناس لسيئها، أو منافاتها لقيم درجوا على التزامها. وإنما يظل الاتهام قللاً إلى أن يفصل فيه بحكم قضائي يصير باتاً^(٢).

ولأن أصل البراءة موداه ألا تعتبر ولقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل، وألا يفترض للمشرع أحد أركانها؛ وكان لفترض البراءة وصون الحرية الشخصية أصلاً كلهما المستوى بنص المادتين ٤١ و ٦٧، فقد صار لازماً ألا تنتحل السلطة التشريعية الاختصاص المقرر للسلطة القضائية في مجال التحقق من قيام الجريمة بأركانها التي حددها المشرع، بما في ذلك توافر القصد الجنائي في كل جريمة عمدية تقتضي علماً من الجاني بعناصرها، وتقديره لمخاطرها على ضوء الشروط التي أحاطها المشرع بها، لتكون نتيجتها هي التي قصد إلى إحداثها^(٣).

وصار بدهيا ألا يواجه المتهم بواقعة أثبتتها في حقه قرينة قانونية تحكمية؛ ولا أن ينفي تهمة لم تثبتها سلطة الاتهام. فإذا أثبتتها تعين أن يوفر له القاضي ضمانات الدفاع التي تعتبر مفترضاً أولياً لصون حقوق الأفراد وحررياتهم في إطار من سيادة القانون^(٤). وذلك سواء كان من مباشرة أصيلاً أو

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٩-ص ٧٦٧ و٧٦٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦- قاعدة رقم ٩-ص ١٤٤ - ١٤٦ من الجزء الثامن.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٩-ص ٢٩٤ من الجزء الثامن.

(٤) ص ٣٠٥ من الحكم السابق.

وكيلاً، وسواء كان المتهمون موسرين أو معوزين على ما تقتضى به المادتان ٦٨ و ٦٩ من الدستور التى تكفل للناس جميعهم حق اللجوء إلى قاضيهـم الطـبيعى، والحصول على وسائل الدفاع الملائمة التى ينتصفون بها لحقوقهم ولتزاماتهم المدنية، أو التى يدفعون بها اتهاماً تتهدد به حرمتهم الشخصية، فلا يكون الحق فى الدفاع مندوباً، بل مطلوباً على وجه الجزم، وبشرط أن يكون الدفاع فعالاً.

وهو لا يكون كذلك -فى نطاق الدعوى الجنائية- إلا إذا أحاط بها من كل جوانبها، ولم ينحدر بمطالباتها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية التى يملئها التبصر، وتقرضها العناية الواجبة، حتى تنزل ضمانات الدفاع واقعة فى إطار الأسس الجوهرية للحرية المنظمة، التى يتعين التمسك بها تغليباً لجوهر الحقوق التى تنترع عنها، على أهدافها الشكلية، وصولاً إلى تحقيق أهدافها، فلا ينزاع أحد فى ثبوتها أو يعمد إلى حجبها.

وتبدر ضمانات الدفاع هذه أكثر أهمية كرادع لرجال السلطة العامة إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون مطمئنين إلى غياب الرقابة على أعمالهم أو غفوتها.

بل إنه مما يعزز هذه الضمانة ويمنعها قيمتها العملية، ألا يكون تطبيقها مقصوراً على مرحلة الفصل فى الاتهام الجنائى، بل يتعداه إلى المراحل السابقة على توجيهه إلى المتهم، بما يكفل حق المتهمين فى ألا تسترقهم السلطة بضغطها، وألا تغويهم بما يقربهم منها أو ترهبهم ببأسها بما يدينهم، وعلى الأخص بعد انتزاعهم من محيطهم وإثارة الفزع فى أعماقهم وتسلطها على إرادتهم، فلا يملكون غير الخضوع لها. ولا تكون محاكمتهم بعد ذلك غير خواء لا يرد عنهم ضرراً (١).

وإذا كان نص المادة ٤١ من الدستور، قد خول كل من قبض عليه أو اعتقل حق الاتصال بغيره لإبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون، فذلك لضمان حقه فى الحصول على المشورة القانونية التى يطلبها من محام وقع عليه اختياره، وهى مشورة توفر لكل شخص -سواء كان متهماً أو مشتبهاً فيه- المعلونة الفعالة التى يزيل بها الشبهة العالقة به، ومواجهة أشكال القيود التى

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقم ١٨ -ص ٣٢٦ و ٣٢٧ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ١٨ -ص ١٨١ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣٧ -ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فرضتها السلطة على حريته الشخصية، والتي لا يجوز معها لفصل بين الشخص ومحاميه بما يسيء إلى مركزه، سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله^(١).

وقد وازن الدستور - بنص المادة ٦٧ - بين حق الفرد في الحرية، وحق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية، وقدر أن المتهم بجناية كثيرا ما يكون مضطربا، فإذا أدين بارتكابها بعد أن أساء عرض دفاعه، أو أعوزته الحجة القانونية التي تؤيده، كان ذلك منهيًا - أحلًا - لآماله للمشروعة في الحياة، وحائلا دون اختراطه في الجماعة التي يعيشها بعد أن حرم من الاتصال بمحاميه في حرية، وبغير حضور أحد.

ومن ثم كفل الدستور لكل متهم في جناية، الحق في أن يعان على توكلي ضرورها عن طريق محام يوجه دفاعه الوجهة التي تكفل حقوقه القانونية، والتي يستطيع من خلالها أن يقرع النيابة العامة حججها، وأن يحضرها بما ينبغيها^(٢).

وغدا أصلا مقررًا أنه إذا كان حق الدفاع في إطار النظام الاختصاصي للمدالة الجنائية، يعنى حق المتهم في سماع أقواله، فإن ضمانات الدفاع تغدو سربا بغير اشتمالها على الحق في الاستماع إليه عن طريق محاميه.

ذلك أن ما قد يبدو واضحا لرجال القانون، كثيرا ما يكون منبهما على أحد الناس أيضا كان حظهم من الثقافة، خاصة إزاء الطبيعة المعقدة لبعض صور الاتهام التي تتدخل عناصرها أو تخفى جوانبها القانونية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالأدلة التي يجوز قبولها قانونا وقدر الترابط والتضام بين الوقائع التي يستهضمها المتهم، وحقيقة النقاط القانونية التي يقوض بها الاتهام، فلا يدان بناء على سوء حججه ولا على ضوء أدلة قمتها النيابة وكان يتعين قمعها. Suppression of evidence بالنظر إلى بطلانها، ولا وفق أدلة متهلفة حتى مع جواز تقديمها قانونا.

وليس أدل على أهمية ضمانات الدفاع من أن إنكارها أو تقييدها بما يخرجها على الأغراض المقصودة منها، يسقط في الأعم الضمانة التي كفلها الدستور لكل شخص في مجال الانتجاء إلى

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - من ٣٤٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) الحكم السابق من ٣٤٨ - ٣٤٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

قاضي الطبيعي، ويعرض حقه في الحياة لمخاطر عميقة، وهو ما يعتبر هدماً للعدالة ذاتها، بما يحول دون وقفها سوية على قدميها(١).

ولا يجوز بالتالي الفصل في الاتهام الجنائي بعيداً عن قيم الحق والعدل الفائرة جنورها في تلك القواعد المبدئية التي ارتضتها الأمم المتحضرة سلوكاً حتى في أسوأ الجرائم وقعا على الضمير العام، وأعظمها انحرفاً The most heinous crimes.

وهو ما يعني أن الحرية الشخصية لا يجوز للتضحية بها في غير ضرورة؛ وأن الموازين الدقيقة التي يتكافأ بها مركز سلطة الاتهام مع حقوق متهميها، لا يجوز الإخلال بها، وعلى الأخص ما تطلق منها بضمان حق المتهم في أن يكون مدركاً للتهمة الموجهة إليه، واعياً بأبعادها منتهما عناصرها، بصيراً بأدلتها، وأن يدفعها بكل الوسائل القانونية التي يملكها، وأن يعان على مواجهتها ودحضها بحام لا يزلزل بتقصيره إلى أخطاء كان عليه أن يتجنبها، ولا يختار من بدلك الدفاع غير أسوأها لمركز المتهم. بل يولى دعواه نظراً متوثباً، وهمة كافية لا يكون معها مترخياً، بل متسيراً على متابعة كل ما يطرح في الدعوى الجنائية مما يؤثر بصورة إيجابية في مركز المتهم بالنسبة إلى الاتهام، خاصة كلما كان للحكم بإدانة أكثر احتمالاً؛ أو كانت النتائج المحتملة للحكم، خطيرة في آثارها القانونية والعملية، بما يحتم أن يكون محاميه أفند بصراً وأعرض جهداً، حتى لا يدان المتهم لغير جريمة، أو على ضوء قرائن تقتدر إلى رباط منطقى بجمعها، فلا تتضام مع بعضها، بل تفرق عناصرها(٢).

(١) الحكم السابق ص ٣٤٩ - ٣٥٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "دستورية عليا" - لقضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٥ - ٧٣٦ من الجزء الثامن. هذا وقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن احترام حقوق الدفاع Le respect des droits de la defence من المبادئ الأساسية التي أقرتها قوانين الجمهورية 19 [C.C. 80 - 127, D.C., 20 Janvier 1981, R.p.15] كذلك قرر هذا المجلس أن حقوق الدفاع تقيّد ضمناً - على الأخص في المجال الجنائي - وجود إجراءات منضبطة ومنصفة تكفل التوازن بين حقوق الأطراف.

Il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties [C.C. 89 - 260 D.C., 28 Juillet 1989, R.71.]

وبلاحظ أن هذه الصياغة مضمون حقوق الدفاع مستمدة من المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان،

ومن قضاء محكمة ستراسبورج التي تقوم على تطبيق هذه الاتفاقية. وهو ما يعنى أن المجلس الدستوري الفرنسي

أدخل في المفاهيم الفرنسية، المفاهيم الاجلوسكسونية الخاصة بشرط الوسائل القانونية السلمية The Due process of law.

ومحكمة الموضوع وحدها هي التي تجبل بصرها في الاتهام المطروح عليها، وتستخلص من كل واقعة تتصل به دلالتها، على أن يكون فهمها لها مستقيماً؛ ونظرها فيها دالاً على إحاطتها بالتهمة عن بصر وبصيرة؛ وإدراكها لأبعادها مرتقياً إلى قوة اليقين القضائي التي تبلغ مستوياتها في الإقناع حداً تزول به كل شبهة لها أساسها في شأن اتصال يد المتهم بالجريمة التي قام الاتهام عليها. وليس لجهة أيا كان وزنها أن تفرض عليها فهمها لدليل بعينه؛ ولا أن تعفيها من النظر في أية واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها؛ ولا أن تفترض ثبوتها بقراءة قانونية تصوغها بطريقة تحكيمية، لتحكم الجريمة المدعى بارتكابها.

١٦٩- وما تقدم مؤداه:

أولاً: أن لكل جريمة بنشئها المشرع أركانها التي يتعين أن تثبتها سلطة الاتهام في كل أجزائها (١)، ودون إخلال بحق المتهم في الاتصال بمحاميه (٢).

ثانياً: إن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسؤولية المدنية بالنظر وفي الحدود التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيمها إلا لدلائل يمتد لكل أركانها ويثبتها (٣).

ثالثاً: أن النظم الجنائية الإجرائية، وإن كان هدفها تنفيذ سياسة جنائية بذاتها، إلا أن وسائل تحقيقها لا يجوز أن يخالطها التحكم، ولا أن تتطرق إليها عوامل التمييز بين الخاضعين لهذه النظم، بما يناقض قاعدة تساويهم أمام القضاء *Le principe d'égalité devant la justice*، وموداها أن تكون للحقوق عينها قواعد موحدة في مجال طلبها والدفاع عنها واقتضائها (٤)، وأن يكون لكل من المتهم

(١) ص ٧٥٣ - ٧٥٦ من الحكم السابق.

(٢) انظر في ذلك قضاء المجلس الدستوري الفرنسي

[C.C. 86 - 214 D.C., 3 Sep. 1986, R.p.128].

(٣) "مستورية عليا" - القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٧٥٥ من الجزء الثامن.

(٤) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٢٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٥ - ص ١٠٨٧ من الجزء الثامن.

وسلطة الاتهام، الأسلحة ذاتها التي يتكافأ بها مركزيهما في مجال نحض التهمة وإثباتها، وبما يحول دون افتراض ركن في الجريمة يعتبر لازماً لوقوعها في الصورة التي أفرغها المشرع فيها^(١).

رابعاً: لا يجوز تفسير النصوص الجزائية باعتبارها نافية لأصل براءة المتهمين بمخالفتهما، ولا تأويلها بوصفها منهية لضرورة أن يكون للدليل على الإخلال بها نقياً كاملاً. بل يكون لكل متهم -وارتكاناً إلى أصل البراءة- أن يظل صامئاً ابتداءً كي يفيد انتهاء مما يعتبر شكاً معقولاً يحيط بالتهمة من جهة ثبوتها^(٢).

(١) "مستورية عليا" - للقضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٢ - ص ١٠٤٤ - ١٠٤٥ من الجزء للثامن.

(٢) ص ١٠٤٦ من الحكم السابق، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ يونيو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٦٥ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة ٩٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٥ - ص ٢٦٢ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع.

المبحث الرابع

الرقابة على الدستورية في مجال القانون المالي

المطلب الأول

الضريبة أهم روافد القانون المالي

١٧٠- تعتبر الضريبة أحد عناصر القانون المالي، وأهميتها في تنمية موارد الدولة لا نزاع فيها، والمصلحة التي تحميها مالية في طبيعتها، ويحيطها المشرع بقواعد تفصيلية غايتها ضمان تحصيلها ومجابهة التحايل عليها، ومحاولة للتخلص منها، وذلك تأميناً لانتظام ودقة جبايتها وللتقليل من تكلفة تحصيلها.

ويكفل الدستور إرساء بنيتها على قاعدة العدالة الاجتماعية، وإن تعين القول بأن السلطة التشريعية هي التي تقبض بيدها على زمام الضريبة العامة، لأنها تتولى بنفسها تنظيم أوضاعها بقانون يصدر عنها، متضمناً تحديد وعائها، وأسس تقديره، وبيان مبلغها، والملتزمين أصلاً بأدائها والمسؤولين عنها، وقواعد ربطها، وتحصيلها، وتوريدها، وكيفية أدائها، وضوابط تقديمها، والطمعون التي يجوز أن تتناولها، وغير ذلك مما يتصل ببنيانها، فيما خلا الإعفاء منها، إذ يجوز أن يقرر في الأحوال التي يبينها القانون^(١).

وهذه العناصر جميعها هي التي تشملها النظم الضريبية في مصر، لتحيط بها في إطار من قواعد القانون العام، ويمرعاة أن قانون الضريبة، وإن توخى أصلاً حماية المصلحة الضريبية للدولة باعتبار أن الحصول على غلتها يعتبر هدفاً مقصوداً ابتداءً من فرضها؛ إلا أن مصلحتها هذه ينبغي موازنتها بالعدالة الاجتماعية بوصفها مفهوماً معيذاً لقانون الضريبة ليكون ناعياً لتحفيها، كافلاً اعتدالها من خلال حيثتها. فلا يكون دين الضريبة مبلوراً شهوة الجباية بينهما وانفلاتها؛ ولا عقاباً من خلال جزاء يباعد بينها وبين الأغراض المالية المقصودة أصلاً منها؛ ولا غلواً مجاوزاً الحدود المنطقية اللازمة لضبطها؛ ولا انحرفاً عن حقيقة أهدافها^(٢).

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥/٨ - س ٨٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٤١٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

والالتزام بالضريبة ليس للترام تعاقباً ناشئاً عن التعبير المتبادل عن إرادتين متطابقتين، بل مرد هذا الالتزام إلى نص القانون وحده، فهو مصدره المباشر. وتنظيمها مما يملكه ولي الأمر ويجد نذله الشرعي في رعاية مصلحة الجماعة التي يمثلها.

ولا يعنى إقرار السلطة التشريعية لضريبة ما، أن الخاضعين لها قد أنابوها عنهم في القبول بها، وأن علاقتهم في مجالها هي علاقة تعاقدية أو شبه تعاقدية. ذلك أن إقرار السلطة التشريعية لتنظيم معين، إنما يتم في إطار ممارستها لولايتها المستمدة مباشرة من الدستور، والتي لا يجوز لها النزول عنها. وتلك بالضريبة العامة في موقع الصدارة من مهامها لاتصالها من الناحية التاريخية بوجود المجالس التشريعية ذاتها؛ ولما ينطوي عليه فرضها من تحميل المكلفين بها أعباء مالية يتعين تقريرها بموازين دقيقة، ولضرورة تفتتها. ولو كان حق الدولة في استثناء بالضريبة ناشئاً عن علاقة تعاقدية أو عن غيرها من الروابط المشبهة بها، لكان لها حق التخلي عنها وإسقاطها باتفاق لاحق. وهو ما يناقض حقيقة أن بالضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون ولا يجوز تبديل أحكامها أو التعديل فيها بالاتفاق على خلافها، ولا أن يقرر الإعفاء منها إلا وفق أحكامه على ما تقتضيه المادة ١١٩ من الدستور^(١).

وكما ألقى المشرع إعفاء ضريبياً بأثر مباشر، ولمصلحة عامة لها وجهها، كان هذا الإلغاء مولفاً للدستور^(٢).

المطلب الثاني

طبيعة القوانين الضريبية

١٧١- ولا تعتبر القوانين الضريبية بطبيعتها قوانين جزائية تقرر عقوبة جنائية على المخالفين لها؛ ولا هي تحل من الآثار التي رتبها العقود فيما بين أطرافها، ولكنها وسيلة تلجأ إليها الدولة لتحقيق من خلالها تتناسباً بين التكلفة الكلية لنفقتها، وبين ما ينبغي أن يؤديه إليها هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، وحق عليهم بالتالي أن يتحملوا جانباً من أعبائها^(٣).

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٢/١١/٧ - قاعدة رقم ٨ - ص ٨٢ و ٨٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) الحكم السابق ص ٨٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١١/١٢ - ص ١٣٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

كذلك فإن قيام الضريبة بدور يخرجها من مجال وظائفها بما يفقدها مقوماتها، مؤداه أن تصبح عبئاً.

المطلب الثالث

قانون الضريبة

١٧٢- تفرض الضريبة أن يحدد المشرع عناصر بنيتها، بما في ذلك الأموال المحملة بحبئها، ووسائل اقتضاها من المكلفين بها؛ وحقيقة الأغراض التي توختها.

ذلك أن سلطة فرض الضريبة غير مطلقة، وترتبط القواعد التي تنظمها -في مجال النصل في دستورها- بضمانها للعدالة الاجتماعية كإطار لها. كذلك فإن الأغراض المتوخاة من الضريبة، قد تموضعها أو تبطلها.

ولا نزاع في أهمية الضريبة لتنمية مولد الدولة، وضرورتها بالتالي لمجاهاة نفقاتها. ومن ثم يحيطها المشرع بكثير من القواعد التي تتوخى ضمان تحصيلها، وتحول دون التحايل عليها.

والضريبة في صحيح تكليفها فريضة مالية تقتضيها الدولة من المكلفين بها وفق القواعد التي يقرها المشرع في شأنها؛ ودون أن يكون لهؤلاء خيار في الوفاء بها أو التناول عنها. وإنما يؤدونها إليها جبراً ويسهمون بها -حملاً- في نصيبهم من الأعباء العامة، ولو لم يكن ثمة مقابل يعود عليهم مباشرة من جراء فرضها.

وتدخل القواعد التي تنظمها تدخل في نطاق القانون العام؛ ولا تتكافأ بشأنها مصالح أطرافها؛ ولا يجوز الاتفاق على خلافها. وإن تعين دوماً ألا تكون الضريبة منفصلة في ضوابطها عن الحدود التي رسمها الدستور لها. فلا تكون عقاباً من خلال وظائفها، أو عن طريق تكمير وعائها، أو بفرضها على رعيوس الأموال بما يؤول إلى تلكها^(١).

ويظل الالتزام دستورياً أن تفرض الضريبة بقر، وفي حدود لا تتصادر فرص رأس المال في النمو، وبشرط ألا ترهق بأعبائها المكلفين بها، فتصدهم عن مباشرة نشاطهم المشروع، أو

(١) فالضريبة على رأس المال ينظر إليها بحذر كبير لأنها قد تؤدي من خلال استمرار فرضها وضخمها عبئها، إلى تآكل رأس المال

تبهط هذا النشاط بقود لا مبرر لها. ومن ثم تتحدد موازين الضريبة التي يقتضيها الدستور، على ضوء ضرورتها، وحيدة مضمونها؛ وعدالتها من منظور لاجتماعي يقابل بين عبئها وقدره الملزمين أصلاً بها على تحملها. ويتعين دوماً أن توافق أهدافها القيم التي يجتصنها الدستور، والتي يندرج تحتها حظر التمييز غير المبرر في مجال تطبيقها بين المواطنين الذين تصيبهم أحكامها، وضمان حرية الاقتصاد في إطار قيود منطقية، ونصيبهم العادل في فرص العمل والادخار والنتاج القومي، وفي ضمان معدل معقول للتنمية، وفي عدالة توزيع الدخل والأعباء العامة أياً كان مصدر تكاليفها.

وليس للسلطة التشريعية أن تتخذ من الضريبة مدخلاً للتمييز بين القطاعين العام والخاص لتحقيق أهدافاً لا يأذن الدستور بها، كإعفاؤها القطاع العام من ضريبة تفرضها على القطاع الخاص في مجال النشاط يتحدد فيه، بما يخل بتنافسيهما من خلال الميزة التفضيلية التي تمنحها للقطاع العام وتحجبها عن القطاع الخاص بغير مبرر.

كذلك فإن حصول الخزنة العامة على الإيراد الناجم عن الضريبة وإن كان يبلور أهدافها الأصلية المقصودة ابتداء منها، إلا أن الآثار العرضية للضريبة لا تقوم مقام الأغراض المقصودة منها أصلاً. ولكنها تعمل إلى جانبها؛ وشرط جوازها أن تقتضيها ضرورة تنظيم نشاط معين بقصد، إنجازه أو إرفاقه بمشروته^(١).

فالضريبة التي يفرضها المشرع على أعمال الرهان، أو على الاتجار بالخمور، أو على الإيراد المتحقق من الدعارة المرخص بها، أو على صور من الإنفاق الباذخ، كالضريبة التي يفرضها المشرع على الأموال التي يصيبها بعض المواطنين في حفلاتهم الخاصة التي يقيمونها في الفنادق تباهياً بثرواتهم، وتفاخراً بنفوذهم، لا تتوخى غير سحق هذا النشاط، أو التقليل من فرص الانغماس فيه.

وتظل للضريبة خصائصها التي يفرضها الدستور، ولو خالطتها آثار جانبية تلبور الأغراض التنظيمية للضريبة. وقد تقدم الآثار العرضية للضريبة، المقاصد الأصلية المبتغاة منها،

(١) Sonzinsky v. United states, 300 U.S. 506 (1937).

فلو فرض المشرع ضريبة تبلغهم ٩٥% من دخل الفاسقة عن دعاوتهم المرخص بها، لكان ذلك منهيًا لنشاطهم، وكذلك نشاط المحال التي تأويهم، والقوادين الذين يوفرون الحفلة لهم.

والتي تتمثل في لقتضاء الدولة لإيرادها لتمويل مشروعاتها، وتسيير مرافقها، فلا يكون الحصول على غلتها عندئذ إلا عرضاً جانبياً ليس مقصوداً أصلاً بها.

ولا يجوز بالتالي أن تكون الضريبة -سواء تعلق الأمر بمقاصدها الأصلية، أو بأغراضها الجانبية- واقعة في غير الدائرة المنطقية التي يجوز أن تعمل فيها. وهي دائرة يحدد الدستور تخومها سواء في مجال اختيار المال بالضريبة، أو تحديد معدلها، أو نطاق الأشخاص المخاطبين بها، أو طرق تحصيلها وغير ذلك من القواعد التي تتصل ببنيتها وشروط لقتضاءها.

الفرع الأول

التمييز بين الضريبة العامة وغيرها من الأعباء المالية

١٧٣- وقد مايز الدستور -على ما تنص عليه المادة ١١٩ منه- بين الضريبة العامة من جهة، وغيرها من صور الأعباء المالية من جهة أخرى. ذلك أن الضريبة العامة لا يفرضها إلا القانون.

والسلطة التشريعية وحدها هي التي تقبض بيدها على زمامها، وهي التي تتولى بنفسها تحديد وعائها، والملتزمين أصلاً بأدائها، والمسؤولين عن توريدها. وهي تحدد كذلك مبالغها، وتصوغ قواعد ربطها وتحصيلها، وضوابط تقادمها والطمعون التي يجوز أن تتناولها، وغير ذلك مما يتصل بعناصرها، عدا الإغفاء منها. إذ يجوز أن يتقرر في الأحوال التي يبينها القانون. ولئن كانت الضريبة العامة تتفق في خضوعها للدستور مع غيرها من الأعباء المنصوص عليها في المادة ٣/١١٩ من الدستور^(١)؛ إلا أن دائرة تطبيق الضريبة العامة، هي إقليم الدولة في كافة الأجزاء التي يتكون منها والتي تشكل جميعها وحدة جغرافية في مجال تحديد النطاق المكاني لسريان الضريبة العامة.

(١) تنص الفقرتان الأولى والثالثة من المادة ١١٩ من الدستور على ما يلي:

إنشاء القوانين العامة وتعديلها وإلغائها لا يكون إلا بقانون ولا يخفى أحد من أدائها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

وتقتضي فقرتها الثالثة بالآتي: لا يجوز تكليف أحد أداء غير ذلك من الضرائب أو الرسوم إلا في حدود القانون.*

١٧٤- وهذه الضريبة العامة التي لا يجوز فرضها ولا إلغاؤها ولا تعديلها إلا بقانون، هي التي قدر الدستور أهميتها بالنظر إلى خطورة الآثار التي ترتبها في العائدات للقانونية على اختلافها، وعلى الأخص ما تعلق منها بمعدل التنمية وضمان وسائل تحقيقها؛ وتنفق فرص الاستثمار أو نقلها أو تراجعها؛ واستقرار الأسعار أو تقلبها بصورة حادة؛ وإمكان إيجاد فرص جديدة للعمل أو الحد منها؛ ولطمئنان رأس المال الخاص لمعقولية الأعباء التي يجوز أن يتحمل بها، أو إزالتها لوجوده، أو إنهاؤها لدوره؛ ونقل الأموال التي يصبها أصحابها في السوق أو انكماش حركتها؛ ووفرة الأموال التي تنفقها الدولة على مشروعاتها ومرافقها، أو ندرتها؛ وزيادة التكلفة الإجمالية للسلع أو توزيعها؛ واتصال التجارة بأسبابها أو لقطاع جرياتها؛ وضمان قيمة العملة أو ثباتها أو ارتفاعها؛ إلى غير ذلك مما يتصل بعوامل الإنتاج وبراء الأموال وانفتاحها بأكمل القيود عليها.

١٧٥- ولا كذلك للضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محلية يقتصر نطاق تطبيقها على جهة بذاتها من الرقعة الإقليمية للدولة؛ فلا يتحدد المخاطبون بها في غير إطار الدائرة الجغرافية المكانية التي بينها القانون المرخص بفرض الضريبة دون غيرها. ويقتصر هذا القانون على بيان العريض من شؤون هذه الضريبة، فلا يحيط بها في كل جزئياتها، وإنما يفوض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانبها. وهو بذلك يخولها دوراً في تنظيمها قد يكون ثانوياً في أبعاده، إذا انحصر نطاق التفويض الصالح لها في حدود ضيقة.

وقد يكون دور السلطة التنفيذية في تحديد بنیان الضريبة المحلية خطيراً إذا فرضها القانون في تحديد الأهم من عناصرها. وعلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تبطل كل تفويض في تنظيم الضريبة المحلية إذا صدر عن السلطة التشريعية اتصالاً منها عن واجباتها في ضبط الأهم من شؤونها. ذلك أن الضريبة في أشكالها المختلفة، تمس المصالح العريضة للمواطنين. ولئن جاز القول بأن الضريبة العامة أهدح عبئاً من الضريبة المحلية بالنظر إلى اتساع دائرة تطبيقها وتعلقها بالواقعة التي أنشأتها أيا كان مكان تحققها؛ إلا أن الضريبة المحلية تظل في دائرة تطبيقها، عبئاً مالياً على المكلفين بها لا يجوز التقليل من آثاره.

الفرع الثاني

خضوع الأعباء المالية جميعها لضوابط العدالة الاجتماعية

١٧٦- وسواء تعلق الأمر بالضريبة العامة أو بالضريبة المحلية، فإن قيودا دستوريا هاما يحيط بها، هو أن يكون قدر إسهام المواطنين في التحمل بعينها متوازنا، ومنصفا. فلا يشق فرضها على بعضهم بما يجاوز مقدرتهم على إيفائها، أو بما يتمحض عن مصادرة للأموال محلها، أو يقيم تمييزا غير مبرر في مجال الخضوع لها.

وهذا القيد -وعلا بنص المادة ٣٨ من الدستور- هو قيد العدالة الاجتماعية كأساس لتنظيم الضريبة على تباين صورها، سواء تعلق الأمر بتحديد وعائها أو بمحلها أو بضوابط أدائها؛ أو بالجزاء على مخالفة أحكامها.

ولا يجوز القول بالتالي بأن غلو الضريبة؛ أو افتقارها إلى الضوابط الكافية لتحديد هاء؛ أو إلى الصلة المنطقية بين الأموال مطها والملتزمين بأدائها؛ أو إلى ضرورة تحصيلها وفق أسس موضوعية يكون لإصافها نافيا لتحفيها؛ من المسائل التي لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تقوم نفسها فيها، إذ هو من صميم رسالتها.

ذلك أن الدستور وإن نص في المادة ٦١ على أن يكون الوفاء بالضريبة واجبا وطنيا، إلا أن شرط التقيد بالضريبة والنزول على حكمها، هو أن يكون فرضها واقعا في الحدود التي يتطلبها الدستور، سواء تعلق الأمر بالأوضاع الشكلية للضريبة -كإفراغ الضريبة العامة في قانون- أم بضوابطها الموضوعية التي تنصدها العدالة الاجتماعية التي ينافيها التحكم.

فلا يستبد المشرع بسلطته التقديرية في مجال فرض الضريبة، وعلى الأخص من خلال تمييز غير مبرر بين المكلفين بالضريبة، أو عن طريق تنظيم يكون في مدها أدخل إلى المصادرة، سواء نطق الأمر بالضريبة المباشرة أو غير المباشرة^(١).

(١) تعتبر الضريبة على التركات في الدول التي تفرضها -رئيس من بينها مصر بعد إلغاء العمل بها- ضريبة غير مباشرة، لأنها لا تتعلق بملكية الأموال، بل بولاعة انتقالها من المورث إلى ورثته.

١٧٧- وفي إطار العدالة الاجتماعية، ترتبط دستورية الضريبة بخصائص بنائها، وبما توخاه المشرع من خلال فرضها، كإضافتها إلى موارد الدولة كي تستعين بها على مواجهة نفقاتها، خاصة ما تعلق منها بإبقاء ديونها أو بالعمل على تحقيق الرخاء العام لمواطنيها.

إذا لم يكن فرض الضريبة لصالحهم، بل كان تفضيلاً لفريق منهم على آخر إرهاباً لنشاط بعضهم المشروع دون موعغ، فإنها تكون مخالفة للستور. وتظل الضريبة مصدراً للإيراد A revenue measure ولو خالطتها أغراض تنظيمية حققها من خلال معدلها^(١) The rate structure.

الفرع الثالث

حقيقة الضريبة العامة وصحيح تكيفها

١٧٨- والضريبة في صحيح تكيفها -على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- فرضية مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها إسهاماً من جهتهم في تكاليفها العامة. وهم يدفعونها لها بصفة نهائية، ودون أن يعود عليهم نفع خاص من وراء التحمل بها. فلا تقابلها خدمة محددة بذاتها، يكون الشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها. ومن ثم كان فرضها مرتبطاً بمقدرتهم للتكيفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بمناسبةها، وإلا كان ذلك خطأً بينها وبين الرسم، إذ يُستحق مقابل نشاط خاص لأداء الشخص العام -عوضاً عن تكلفته- وإن لم يكن بمقدورها^(٢).

وهذه الضريبة هي التي لا يتعلق مرياتها بجزء من لتكيم الدولة. ذلك أن نطاق تطبيقها يشمل إقليمها بكل مكوناته، ليتعامل الممولون جغرافياً في مجال الخضوع لها، وإن تفاوتوا فيما يعيها، فلا يكون مبلغها واحداً لجميعهم ولا كذلك الضريبة غير العامة، إذ هي ضريبة محالية

(١) Mc Cray v. United States 195 U.S. 27 (1904).

فلو أن المشرع فرض ضريبة تحقق مورداً إضافياً للدولة، وكان لها كذلك -من خلال سعرها الأعلى- أثر على نشاط قلم بما يرهق مباشرته، فإن الضريبة حتى مع تحقق هذا الأثر الجانبى، تظل مصدراً للإيراد.

(٢) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٦/٧/٣- قاعدة رقم ٢٢ -ص ٤١٣-٤١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

يتحصر نطاق سريانها ويتحدد المخاطبون بها في دائرة بذاتها من إقليم الدولة. وفي نطاق هذه الدائرة وحدها، يتكافأ المخاطبون بها في مجال للخضوع لها^(١).

للفرع الرابع

الضريبة من جهة آثارها الأصلية والعرضية

١٧٩- الأصل أن يتوخى المشرع من خلال الضريبة التي يفرضها، غرضين:

أحدهما: يكون مقصوداً من الضريبة أصلاً وإبتداء Primary Motive ويتمثل في حصصول الدولة على غلتها لتصبها في الخزنة العامة، بما يعينها على مواجهة نفقاتها.

وثانيهما: مقصوداً منها بصفة عرضية أو جانبية أو غير مباشرة Incidental Motive بالنظر إلى تدخل المشرع بها ليس فقط لتحقيق أغراض الجباية المقصودة منها أصلاً- وإنما كذلك لحمل المكلفين بها -من خلال عبئها- إما على التخلي عن نشاطهم الموثم جنائياً كالتهجارة في المواد المخدرة؛ أو لإرهاق مباشرتهم لنشاط معين بالنظر إلى طبيعته الاستهلاكية أو الترفية أو منافاته للقيم الخلقية، كفرض ضريبة باهظة على الأفراح التي تقام في الفنادق، أو على استيراد بعض السلع التي لا يطلبها غير الأثرياء كالكافيار؛ أو على أعمال الرهان والمقامرة.

١٨٠- وقد تتقدم الآثار العرضية للضريبة، أهدافها المالية. وقد تكون حصيلية الضريبة هي الاعتبار الأهم في مجال فرضها. وتظل الآثار العرضية للضريبة ولقعة في الحالتين في نطاق وظيفتها التنظيمية. ولا تتناقض بالتالي شرعيتها الدستورية.

وينبغي أن يقابل حق الدولة في اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، وإجراء ما يتصل بها من آثار عرضية، بحق الملتزمين أصلاً بها، والمسؤولين عنها، في تحصيلها وفقاً لأسس موضوعية يكون إنصافها نائياً لتحفيها، كائناً حديثها واعتدالها^(٢).

(١) أنظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٦٢/٢/٢٣ - قاعدة رقم ٤/٢٣ - ص ٤٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة، والقضية رقم ١٦ لسنة ١٩٦١ قضائية دستورية - جلسة ١٩٦١/١١/٢٣ - قاعدة رقم ١٣ - ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٢٢ - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - ص ٤٠٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وقد يتوخى المشرع بالضريبة تحقيق مصلحة غير مالية، كذلك التي تتعلق بتأمين الصناعة الوطنية وضمان انتعاشها من خلال أسوار الحماية الجمركية التي يقيمها حولها بما يكفل تشجيعها وترويجها. وقد جرم المشرع -لحماية الصناعة الوطنية- كل إخلال بالنظم المعمول بها فى شأن المبلغ للممنوع استيرادها^(١).

الفروع الخمس

الضريبة والاستثمار

١٨١- يرتبط معدل الاستثمار فى بلد معين، بالقواعد التى يحيط بها حوافزه ومزاياه وضمائنها، وقدّر الأرباح التى يحققها، وإمكان تحويلها إلى الخارج.

وكما كان من شأن القواعد التى فرضها المشرع على رموس الأموال الوطنية والأجنبية، إخضاعها لأوضاع جديدة تلحق باستثمارها أضراراً وخيمة، كاعتصار أرباحها من خلال الضريبة؛ كان تدخل المشرع على هذا النحو حائلاً دون تنققها أو تركمها، خاصة وأن المزايا التفضيلية التى وفّرها المشرع لهذه الأموال من قبل، هى التى جنىتها ونقلتها إلى مصر من البلدان الأجنبية. فلا يجوز أن ينقض المشرع هذه المزايا، بعد أن ارتبط الاستثمار بوجودها؛ ولا أن يقابلها بأعباء يوازنها بها، خاصة كلما قام الدليل على جريان قوانين الاستثمار على تعاقبها، على ضمان هذه المزايا بالصورة التى هى عليها^(٢).

فضلاً عن أن المزايا التفضيلية التى كفلها المشرع لرموس الأموال العربية والأجنبية، غايتها استئثار اهتمام أصحابها بأوضاع الاستثمار فى مصر لضمان تنققها إليها، ودون ما قيود قد ينوء بها نشاطها. فإذا كان من شأن تقليص هذه المزايا، تصفية هذا النشاط فإن رموس الأموال تلك لن تبقى فى مضر، بل يعاد تصديرها منها. وعلى الأخص كما كان من شأن الضريبة

(١) القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" - جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٨/١٧ - ص ١٦١ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. وأنظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٦/٢/٣ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٤٣٥ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٧ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٠ - ص ٥٩٧ من الجزء الثامن.

تقيض التنافس المشروع بين القطاعين العام والخاص فلا يقوم المشروع الخاص إلى جوار المشروع العام بما يحقق تكاملهما.

ولا يتكافأ في فرص تسويق منتجاتهما. بل يحظى المشروع العام بفرص أكبر وبمزايا أعمق تزيد بها مخاطر الاستثمار الخاص، لينقلب مترجماً أو خسراً^(١).

وإذا كان الأصل ألا تخرج الأعمال للمباحة من دائرة التعامل، فإن فرض ضريبة لمنع المخاطبين بها من ولوج بعض الأعمال الجائزة أصلاً، يحولها إلى نشاط محظور بالمخالفة للمسنور.

ولا يجوز بالتالي فرض ضريبة تقنيا إرهاب نشاط معين بغیر مبرر، ولا مصادرة حرية الفرد في اختيار الطريق الأفضل لاستثمار أمواله. ذلك أن الحرية الشخصية تقتضي إرادة الاختيار، ولتتدرج حرية التعاقد تحتها بالضرورة^(٢).

الفرع السادس

الملتزمون بالضريبة والمسؤولون عنها

١٨٢- يعتبر ملتزماً أصلاً بالضريبة من تتوافر بالنسبة إليه للواقعة التي أنشأتها، والتي يمثل عنصراً في المال المتخذ وعاء لها - وهو العنصر الموضوعي في الضريبة- ثم في وجود علاقة بين هذا المال وشخص معين - وهو العنصر الشخصي في الضريبة- ليكون اجتماع هذين العنصرين معاً، مظهرًا للالتزام بالضريبة من خلال تحديد المشرع لظروفها الموضوعية والشخصية.

ولا يكون الشخص مسؤولاً عن الضريبة، إلا إذا كان وفاءه بها تبعاً للالتزام الأصلي بأدائها، ليبقى بوجوده ويزول بانقضائه. وشرط ذلك أن تتوافر علاقة عضوية بين المسؤول عن

(١) القضية رقم ٨٧ لسنة ٢٠ قضائية دستورية - جلسة ٦ مايو ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٦٥ - ص ٥٤٩ - ٥٥١ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٥ من الجزء الثامن.

الضريبة من جهة، وبين المال المتخذ وعاء لها من جهة أخرى. فإذا انتفت هذه العلاقة، فليس ثمة مسئول عن الضريبة^(١).

ولا يجوز بالتالي أن ينتحل المشرع صلة بتوهمها، بين المسئولين عن الضريبة، والمال المحمل بعبئها، ولو كان إحداه لهذه الصلة بقصد ضمان إيفاء الضريبة في موعدها، وتيسير تحصيلها. وعلى الأخص كلما فرض المشرع الضريبة على قيم أوراق مالية لم تعد للجهة التي أصدرتها صلة بها، بعد نقلها ملكيتها إلى آخرين يتداولونها بأنفسهم، ويحصلون منها على نواتجها^(٢).

الفرع السابع

أدائها

١٨٣- الضريبة التي يكون أدائها واجباً وفقاً للقانون - وعلى ما تقتضيه المادة ٦١ من الدستور - هي التي تتوفر لها قوابلها الشكلية، ويقوم تنظيمها على أسس موضوعية تقتضيها، وتبرر مضمونها فرضها على المخاطبين بها، وبشرط أن تكون العدالة الاجتماعية إطاراً لها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور. وليس للمشرع أن ينقض الشروط التي يتطلبها الدستور لاقتضاء الضريبة. فإن هو فعل، بأن طبقها قبل نشر القانون الخاص بها في الجريدة الرسمية، أو أخل بموجبياتها؛ كان فرضها على المخاطبين بها تحميلاً لأموالهم -غير حق- بعبئها، بما يريد سلباً عليهم بقدر مبلغها، وينال من الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة^(٣). كان اقتضاؤها مخالفاً للدستور.

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٢/٣ - قاعدة رقم ٢٢ ص ١٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١١٠ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ ص ١١٠ من الجزء الثامن

(٣) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩١/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٦ ص ١٢٠ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٨ لسنة : قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/١٢/٥ - قاعدة رقم ١٣ ص ٩٥ من

المجلد الأول من الجزء التاسع

كذلك لا يكون أداء الضريبة واجباً وفقاً للقانون إذا توافر مناسبات استحقاقها في مجموع من المواطنين، ولكن المشرع أغفى بعضهم من عبئها دون معوع^(١).

ويعتبر أصل الحق في الضريبة المتنازع على شروط تطبيقها، أو على قدر مبلغها، مطروحاً على المحكمة الدستورية العليا بقوة النصوص الدستورية ذاتها، لتقول كلمتها في شأن اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

فإذا بان لها أن الضريبة تقتدر إلى قولها الشككية، أو لا تتوافر لها ضوابط محايدة تنقذها العدالة الاجتماعية؛ فإن أداءها لا يكون واجباً وفقاً للدستور.

الفرع الثامن

رجعيتها

١٨٤- من المقرر أن القوانين الضريبية لا تعتبر بطبيعتها قوانين جزائية؛ ولا هي تعدل من الآثار التي ترتبها العقود فيما بينها. ولكن الدولة تلجأ إليها باعتبارها من الوسائل التي تحقق من خلالها قدام التوازن بين أعبائها المالية التي تبورها للتكلفة الكلية لتنفقاتها من جهة؛ وبين هؤلاء الذين يفيدون أكثر من غيرهم من خدماتها، فلا يكون إسهامهم في هذه التكلفة بقدر طاقتهم. غير إيفاء لتصبيهم فيها.

وإذا كان المواطنون معاملين على قدم المساواة في مجال أداء الضريبة المكلفين بدفعها، وليس لأحد حصانة تعفيه من أدائها إلا في الأحوال التي بينها القانون، ووفق ضوابط موضوعية لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً بين المخاطبين بها؛ فإن رجعية الضريبة لا تدل في ذاتها على مخالفة حكمها للدستور، وهو ما قرره المادة ١٨٧ من الدستور التي تجيز الرجعية في غير المواد الجنائية، بموافقة أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم.

على أن رجعية الضريبة وإن اقتضتها أحياناً -وبالرغم من خطورة الآثار التي تحدثها في محيط العلائق القانونية- مراجعة الدولة لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، ويقصد توزيع أعبائها من جديد بما يكفل الموازين الدقيقة لعدالتها؛ إلا أن رجعية الضريبة

(١) القضية رقم ٤٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٩ - قاعدة رقم ١٩-ص ١٦٢-١٦٣ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

بناؤها أن يكون قانون الضريبة منعطفاً بأثره الرجعى إلى صور من التعامل اكتمل تكوينها قبل صدوره؛ وكان المكلفون بأدائها قد تعذر عليهم توقعها قبل نفاذ تصرفاتهم هذه فى حق أنفسهم؛ وإنما باعيتهم بها السلطة التى فرضتها، بما يجعل اقتضاءها منهم منافياً لمبادئها الاجتماعية، وهى أساس نظامها وفقاً لنص المادة ٣٨ من الدستور^(١).

وإذا تنقيد السلطة التنفيذية دوماً فى مجال ممارستها لاختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعى للقواعد القانونية جميعها -سواء فى ذلك ما تقره السلطة التشريعية منها، أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض، وذلك بالنظر إلى خطورة الآثار التى تحدثها الرجعية فى محيط العلائق القانونية، وما يلابسها -فى الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق واستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يخول السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التى يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيته دون سند من نصوص التفويض ذاتها؛ فقد صار لازماً إبطال الأثر الرجعى لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخولها -بالنصوص التى تضمنها- هذا الاختصاص^(٢).

الفرع التاسع

مدى جواز اقتضاء الضريبة قبل نشر القانون المتعلق بها

١٨٥- إذ كان لكل ضريبة -سواء فى ذلك تلك التى يكون زمامها بيد السلطة التشريعية، أو التى تعهد بفرضها إلى السلطة التنفيذية- بنیان يتناول عناصرها التى يندرج تحتها أسس تقدير وعائها، وملغها، والمكلفون أصلاً بأدائها، والمسئولون عن توريدها، وقواعد ربطها وتحصيلها، وغير ذلك مما يتصل بها؛ وكان إعمال النصوص القانونية التى تنظمها يفترض نشرها لضمان علانيته ونزوح أحكامها، واتصالها بالمخاطبين بها، واستتاع القول بجهلهم بها؛ وكان حملهم قبل نشرها على النزول عليها -هم من الأغيار فى مجال تطبيقها- مؤداه الإخلال بحقوقهم التى كفلها

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ ق "مستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١٢٠٠ من الجزء الثامن

(٢) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة ٧/٢/١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٦ - ص ١١٩٩-١٢٠٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة

الدستور، فقد تحين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها؛ ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل مقوماتها وفقاً للدستور.

ذلك أن تطبيقها في شأن المخطابين بها قبل اتصالها بعلمهم، مؤداة مدامتهم بضريبة تقتضى إلى قولها للشكلية، فلا يلتزم هذا للتطبيق ومفهوم دولة القانون، وإنما تقتضد الضريبة صفتها الإلزامية، فلا يكون لها من وجود^(١).

الفرع العاشر

التفويض في فرضها

١٨٦- تمايز المادة ١١٩ من الدستور بين الضريبة العامة التي لا يجوز فرضها ولا تعديلها ولا إلغاؤها (إلا بقانون^(٢)) من جهة، وغير الضريبة العامة من الفرائض المالية التي يجوز فرضها في حدود القانون من جهة أخرى.

وغير الضريبة العامة من الفرائض المالية، هي التي عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، التي تعين تكييفها بوصفها نص خاص في مجال تطبيقها، يخول السلطة التشريعية أن تفوض رئيس الجمهورية أو أية سلطة إدارية أخرى في فرضها، ودون أن يتقيد المفوض في ممارسته للسلطة التي فرض فيها بغير الشروط والأوضاع التي حددها قانون التفويض.

ومن ثم لا يتقيد التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غيره- في مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، وعند الضرورة.

وإنما شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية المشار إليها، شأن التفويض المخول للسلطة التنفيذية بنص المادة ٦٦ من الدستور، التي تخول المشرع أن يعهد إلى السلطة التنفيذية بأن تحدد

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٨/١/٣- قاعدة رقم ٧٣- ص ١٠٥٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) لا تعتبر ضريبة عامة، الضريبة التي يفرضها المشرع في نطاق الدائرة الجغرافية للمنطقة الحرة ببورسعيد، بل تعتبر من قبيل الأعباء المحلية التي عنتها الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور، والتي يكفى لفرضها أن يكون في حدود القانون.

بنفسها بعض ملامح التجريم وعقوباتها، فكلأها نص خاص أورده الدستور متضمناً تقيد العام، فلا يكون دليلاً في إطاره^(١).

الفرع الحادي عشر

أوجه إنفاقها

١٨٧- يحكم الضريبة العامة لمران لا ينفصلان عنها، بل تتحدد ديمتوريتها على ضوئها معاً: أولهما: أن الأموال التي تجبها الدولة من ضرائبها ورسومها وغير ذلك من مكوسها، وثيقة الاتصال بوظائفها الحيوية، وبوجه خاص ما تنطق منها بتأمين مجتمعها والعمل على تطويره. ويتقضيها القيام على وظائفها هذه، أن توفر بنفسها -ومن خلال الضريبة وغيرها من الموارد- المصادر اللازمة لتمويل خططها وبرامجها.

فإذا عن لها إيقاع ضريبة على مال معين، كان عليها أن تلجأ إلى السلطة التشريعية بوصفها أداة فرضها في نطاق ولايتها التي حددها للدستور.

وربما كان تقرير الضريبة أو تعديل بنائها، من أكثر مهامها خطراً واتصالاً بالجنور التاريخية التي تربط بين الطبيعة التمثيلية للمجالس النيابية، واختصاصها بفرض الضريبة -كما كان نوعاً- على مواطنيها *No taxation without representation*.

على أن اختصاص السلطة التشريعية بفرض الضريبة وغيرها من المكوس، لا يمنعها من أن تقرر بنفسها الضوابط التي تهيم بها على كيفية إنفاق الأموال التي تسمى جمعتها الدولة من ضرائبها ومكوسها وإتاواتها، وغير ذلك من الموارد التي تصبها في خزائنها العامة، لتنفق كل منها ذاتيتها -إنماجها مع بعضها-، فلا تكون جميعها إلا نهراً واحداً لإيراداتها الكلية Consolidated Funds.

(١) النص العام هو نص المادة ١٠٨ من الدستور. وهو نص تقيد في مجال الضريبة، للقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور.

أنظر في ذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ٨٩٩١/٢/٧- قاعدة رقم ٨٦ -ص ١١٩٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ومن خلال رقابة السلطة التشريعية على هذه الموارد في جملتها، وربطها بمصارفها، تعمل هذه السلطة على تنفيذ سياستها المالية التي لا يجنح معها الاقتصاد نحو ألعاصير لا تؤمن عواقبها، ويوجه خاص في نطاق العمالة، وضمان الاستقرار الأسعار، وتحقيق معدل معقول للتنمية، وكذلك ضمان حد أدنى لمواجهة أعباء الحياة. وعلى السلطة التنفيذية أن تنزل على الضوابط التي فرضتها عليها السلطة التشريعية في مجال الإنفاق العام. فلا تقتضها أو تعطلها بإرادتها المنفردة، ولو واجهتها ضرورة تقتضيها أن تنفق أموالاً غير مدرجة في الميزانية، أو زائدة على تقديرها.

ثانيهما: أن الضريبة العامة -ريغض للنظر عن جوانبها التنظيمية التي تعتبر من آثارها العرضية غير المباشرة- لا تزال مورداً مالياً. بل هي كذلك أصلاً وابتداءً.

ومن ثم تتضافر مع غيرها من الموارد التي تستخدمها الدولة لمواجهة نفقاتها الكلية -سواء في ذلك تلك التي يكون طابعها منتظماً أو طارئاً- فلا ينفصل حصولها على تلك الموارد عن توجيهها إلى مصارفها التي تكفل تحقيق أكبر منفعة جماعية لمواطنيها.

ومن ثم يكون ربط الموارد في جملتها، بمصارفها تفصيلاً، وإحكام الرقابة عليها، شرطاً جوهرياً والزاماً دستورياً يكتل ضبط مالية الدولة، وإنفاق مواردها في الأغراض التي رصنتها السلطة التشريعية عليها؛ ويصون توجيهها لتحقيق النفع العام لمواطنيها وفقاً للقانون. فلا تكون أغراض التمويل إلا قيداً على السلطة القائمة على تنفيذ قانون الميزانية، بقارنها ولا يفارقها؛ وهداً من الناحية الدستورية على ضوابط إنفاق المال العام.

ولا يعني ما تقدم أن الدولة لا تستطيع تحويل بعض مواردها إلى الجهة التي تراها، لتعينها بها على النهوض بمسئوليتها وتطوير نشاطها، بل يجوز ذلك بشرطين:

أولهما: أن تكون الأغراض التي تقوم عليها هذه الجهة وفقاً لقانون إنشائها، وثيقة الاتصال بمصالح المواطنين في مجموعهم، وأولها أثر هام على قطاع عريض من بينهم، مما يجعل دورها في الشؤون التي تعينهم حيوية. ...

ثانيهما: أن يكون دعمها مالياً مطلوباً لتحقيق أهدافها. على أن يتم ذلك -لا عن طريق الضريبة التي تفرضها السلطة التشريعية ابتداءً لصالحها لتعود إليها مباشرة غلتها- وإنما من

خلال رصد ما يكتفيها بقانون الموازنة العامة، وفق القواعد التي نص عليها الدستور، وفي إطار الأسس الموضوعية التي يتحدد مقدار هذا الدعم على ضوءها^(١).

الفروع الثاني عشر

الضريبة والزكاة

١٨٨- الزكاة غير الضريبة. فالزكاة فرضتها النصوص للقرآنية التي لا يجوز تعديلها أو العدول عنها. وذلك خلافاً للضريبة التي يجوز للنظر في قانونها، وتغيير بنائها، بل وإلغاؤها. فضلاً عن أن الزكاة من الأركان التي لا يقوم الدين بدونها. ودائرة تطبيقها تغاير نطاق الضريبة وشروط سريانها والمكلفين بها.

وما يتوخاه الزكاة هو أن تقدم المون للذين يحتاجونها، وهو ما يميز بينها وبين الضريبة التي ترتد في مصدرها المباشر إلى القولين الوضعية، والتي لا تفرضها الدولة أصلاً إلا بقصد تنمية مواردها التي تواجه بها نفقاتها.

ولأن الضريبة والزكاة مختلفتان من كل الوجه، فإن تحملهما معا لا يناقض الدستور^(٢).

الفروع الثالث عشر

ربط الضريبة بالدخل كأصل عام

١٨٩- لا تقتصر الحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة، على صور بذلتها من الأموال دون غيرها. ولكنها تسعها جميعها دون تمييز. وكلما فرض المشرع ضريبة على رعويس أموال المكلفين لها بما يجتثها أو يقلصها إلى حد كبير، كان ذلك عدواناً عليها بما يخرجها بتمامها.

(١) القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٨ إبريل ١٩٩٥ - لقاعدة رقم ٤٠ - ص ٦٣٠ - ٦٣٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

أنظر كذلك القضية رقم ٨٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٨/٧/٢ - قاعدة رقم ٨٠ - ص ١١٤١ - ١١٤٤ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٩/٧ - قاعدة رقم ٤ - ص ١٠٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

أو في كثير من أجزائها من أيديهم. فلا تكون الضريبة بذلك إسهما منطقياً من الملتزمين بأدائها في تحمل نصيبهم العادل من الأعباء العامة، وإنما تنحل إلى مصادرة لأموالهم ولو بصفة جزئية.

كذلك فإن فرض ضريبة على رموس الأموال ذاتها، مؤداة تأكلها، فلا تتجدد روافدها لبناء قاعدة اقتصادية أعرض. ويتعين بالتالي أن يكون الدخل -ولما كان مصدره- قاعدة للضريبة بالنظر إلى الصلة للمنطقية بين الدخل والمقدرة التكاليفية للمول. فلا يكون للدخل إلا مصدراً طبيعياً للضريبة، وشرطاً مبدئياً لعادلتها، وأصلاً في وعائها^(١).

ولا كذلك الضريبة التي يفرضها المشرع على ما يزول إلى الورثة من الحقوق المالية التي خلفها مورثهم بعد توزيعها عليهم وفقاً لأصبيتهم المقررة في الشرع. ذلك أن فرضها ينحل إلى اقتطاع لجزء من أصبيتهم هذه التي فرضها الله تعالى ليظل مقدارها ثابتاً، باعتبارها من حدوده التي لا يجوز لأحد أن يقربها وإلا كان باغياً. ولا يجوز بالتالي أن تقاسمهم الدولة -من خلال ضريبة الأولولة التي فرضتها على أصبيتهم تلك- في حقوق لخصصهم المشرع بها، وقصرها عليهم^(٢).

وتبطل الضريبة التي يفرضها المشرع على رموس الأموال، كلما كان سريانها في شأنها منتهياً إلى امتصاصها، وعلى الأخص إذا استطلت زمن تطبيقها، وأظلتها أغراض الجباية بتوجيهها إليهم. كان يفرضها المشرع على قيم مالية لم تصدر صكوكها بعد، أو لم يجر تسليمها لأصحابها^(٣).

(١) الحكم السابق من ١٠٨ و ١٠٩ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٢٨ لسنة ٢٥ قضائية دستورية -جلسة ١٢/٥/١٩٩٨- قاعدة رقم ١٣ - من ١٠٢ - ١٠٣، من المجلد الأول من الجزء التاسع.

(٣) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٢/٩/١٩٩٦- قاعدة رقم ٤ - من ١٠٨ - ١١٠ من الجزء الثامن.

ولأن الدخل في مصادره المختلفة يشكل وعاء رئيسياً للضريبة؛ فإن الضريبة على رموس الأموال لا يجوز فرضها إلا استثناء، وفي حدود ضيقة، ولفترة قصيرة، وكضرورة ملحة، وبما لا ينال من وعائها، سواء في كل لجزئته، أو معظم جوانبه^(١).

الفروع الرابع عشر

العدالة الاجتماعية كقيد يحكم الضريبة وغيرها من الأعباء المالية

١٩٠- لأن كان نص المادة ٣٨ من الدستور قد أتى بالعدالة الاجتماعية كقيد على النظم الضريبية على اختلافها؛ إلا أن الضريبة تمثل في كل صورها، عبئاً مالياً على المكلفين بها، شأنها في ذلك شأن غيرها من الأعباء التي انتظمته المادة ١١٩ من الدستور، كالرسوم.

ويتعين بالتالي -بالنظر إلى وطأتها وخطورة تكلفتها- أن يكون المعدل من منظور اجتماعي، مهيمناً على صور الأعباء المالية جميعها؛ محدداً للشروط الموضوعية لاقتضاءها؛ نائياً عن التمييز بينها دون مسوغ.

فذلك وحدة ضمان خضوعها لشرط الحماية القانونية المتكافئة التي كفلها الدستور للمواطنين جميعهم في شأن الحقوق عينها، فلا تحكمها إلا مقاييس واحدة لا تتفرق بها ضوابطها^(٢).

ولم يحدد الدستور ما قصده بالعدالة الاجتماعية التي أقام عليها النظام الضريبي؛ وإن ظل واضحاً أن مفهوم العدل لا يتحدد أصلاً إلا من منظور اجتماعي باعتباره متوخياً التعبير عن تلك القيم الاجتماعية التي لا تنفصل الجماعة في حركتها عنها، والتي تبلور مقاييسها في شأن ما يعتبر حقاً لديها.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية "تسوية" جلسة ١٩ يولييه ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٤١ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. وقد صدر هذا الحكم في شأن الضريبة على الأرض للقضاء. وقررت المحكمة في مدونات حكمها، أن كل ضريبة يفرضها المشرع على رأس مال لا يزل دخلاً، وبطريقة دورية متجددة، ولفترة غير محددة مع زيادة تحكيمية، في قيمته التي تمثل وعاء الضريبة؛ ينطوي على عدوان على الملكية الخاصة وينالض مفهوم العدالة الاجتماعية بالمخالفة لنص المادتين ٣٤ و ٣٨ من الدستور.

(٢) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "تسوية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٨٤ - ٣٨٥ من الجزء الثامن.

فلا يكون مفهوم العدل حقيقة مطلقة لا تبدل فيها؛ ولا ثابتاً باطراد؛ بل مرناً، ومتغيراً وفق معايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها.

وهو بذلك لا يعدو أن يكون نهجاً متوصلاً، منبسطاً على أشكال من الحياة تتعدد ألوانها، وإزناً بالقسط تلك الأعباء التي يفرضها المشرع على المواطنين، فلا تكون وطأتها على بعضهم عدواناً. وإنما يكون تطبيقها فيما بينهم، إنصافاً لجموعهم؛ وإلا صار القانون منهياً للتوافق في مجال تنفيذه، وغداً إلغائه لازماً^(١).

وحقائق العدل الاجتماعي، هي التي تتحدد على ضوئها شروط اقتضاء كافة الأعباء المالية على اختلافها، سواء في ذلك ما اتخذ منها شكل الضريبة، أو ما كان منها في صورة رسم، أو كان قوامها تكليفاً مالياً آخر. إذ تنبسط عليها جميعها مفاهيم العدل الاجتماعي التي نتحقق من خلالها الضوابط الموضوعية لفرضها وتحصيلها، بما يكتل إنصافها وخضوع المكلفين بها لحماية قانونية يتساوون فيها.

ولا يجوز بالتالي أن تتخذ الدولة من مفهوم الجباية، قاعدة تلتزمها لتوفر عن طريقها موارد تتوقعها، ولو أدرجتها بالفعل في ميزانيتها^(٢).

وليس لها كذلك أن تلاحق الممولين الخاضعين للضريبة، أو لغيرها من الأعباء المالية المنصوص عليها في المادة ١١٩ من الدستور، بفرائض مالية تكميلية يكون طلبها منهم مصادماً لتوقعهم المشروع.

ومن ذلك تحريها عن القيمة الحقيقية للعقار بعد تمام عملية القهر واستكمال إجراءاتها، توطئه لإخضاع ما يظهر من زيادة في هذه القيمة لرسم إضافية تباعثهم بها الجهة القائمة على

(١) التفسير رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جملة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤ - ص ٣٨٤ من الجزء الثامن.

(٢) حق كل مواطن في أن تعرض عليه ضريبة يكون إنصافها ناعياً لتحفيها من الحقوق التي يكفلها له الدستور باعتبار أن هذا الحق هو الذي يوازن سلطة الدولة في تحصيلها لتغطية أعبائها ومواجهة نفقاتها.

تنفيذ قانون الضريبة. فلا يكون مقدارها معروفا سلفاً لديهم، ولا ماثلاً في أذهانهم قبل الشهر، بل يتخذ طلبها منهم صورة المداخلة التي لا يعرفون معها لأقدامهم موقعها^(١).

الفرع الخامس عشر

دستوريتها

١٩١- يفترض في الضريبة، وكذلك في أوجه إنفاق حصيلتها توحيها لفرض عام يحيط بها وتكون الضريبة مخالفة للدستور في الأحوال الآتية:

١. إذا كان فرضها مودياً إلى حمل المكلفين بها على الإدلاء بمعلومات عن نشاطهم قد تكونهم في تحقيق جنائي^(٢) إذ لا يجوز بحكم الدستور حمل شخص على شهادة قد يدان بموجبها.

٢. إذا كان المقصود بالضريبة دعم عقيدة تتحاز للدولة لها، إضراراً بعقيدة تناوئها تحاملاً عليها. ذلك أن حرية العقيدة تفيد انحدام التفصيل بين العقائد؛ وتساويها في المعاملة القانونية؛ وامتناع تقديم إحداها على غيرها، وحمايتها جميعاً في إطار شروط متساوية.

٣. إذا كانت الضريبة جزءاً لا يتجزأ من تنظيم أشمل وقع مخالفاً للدستور، إذ تعبر الضريبة في هذه الحالة، أحد عناصره الأساسية، لتسقط بمقطعه.

٤. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرص الاستثمار والإدخار. تريد من فرص التضخم ولا يدور من خلالها رأس المال من خلال التسمية الأعرض والأعمق، ولا تنهض بها العمالة فإن فرضها يكون مجاوزاً للحدود التي يكون بها أدلوها وإلجا وفق القانون. ذلك أن

(١) انظر في ذلك نص البند (ج) من المادة ٢١ من القرار بقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بحكم دستورية من طبق عليهم هذا البند خلال فترة نفاذه المسبقة على العمل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل قانون رسوم التوثيق والشهر. انظر في بطلان التقدير التكميلي لقيمة الغار، حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢٤، ص ٣٨٣-٣٨٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) فالضريبة التي تفرض على الأرباح التي يحققها الاتجار في المواد المخدرة، تقتضي من المكلفين بها الإقرار بنشاطهم في مجال التعامل فيها، وقد أرياحهم منها، بما يدينهم بجريمة الاتجار فيها.

العمل، والحق في التسمية، من الحقوق التي كفلها الدستور على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا^(١).

٥. إذا كان هدفها مجرد ملاحقة الممولين بفرائض مالية تصلم توقعهم المشروع. كفرض الضريبة على تصرفاتهم القانونية بعد نفاذ آثارها وانتقال الأموال مطها -بصفة نهائية- إلى آخرين لتتخذ للضريبة -في هذه الصورة- شكل الداهية التي تنقض على الممولين وتباغتهم^(٢).

٦. أن تتمحض الضريبة جزاء غير مفهوم. فلو أن المشرع حظر استخدام الأطفال في المناجم إذا كانوا أقل من السن التي حددها، وإلا تعين على من يستخدمونهم أن يودوا إلى الدولة ١٠% من أرباحهم الصافية؛ وكان هذا الجزاء متصلاً بشروط العمل، وواقعاً في كل الأحوال؛ وسواء أكان المستخدمون لهؤلاء الأطفال قد خالفوا الحظر المفروض عليهم مرة واحدة في شأن طفل واحد، وعلى مدار عام كامل؛ أم كان نكولهم عن هذا الحظر متصلاً دون انقطاع بأطفال كثيرين، فإن الغريضة المالية التي ألزمهم المشرع بها، تنفذ صلتها بالأعمال المخالفة التي ارتكبوها، وتسايرها معها. وفي ذلك خروج بها عن ضوابط الاعتدال بما يصممها بمخالفة الدستور^(٣).

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٩٧ قضائية دستورية -ص ١٢٨٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٢٤ -ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن، والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٢ -ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس. دستورية- جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٢٤ -ص ٣٦٨ وما بعدها من الجزء الثامن، والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٢ -ص ١٤٥ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) Bailey V. Drexel Furniture Co., [Child Labour tax case] 259 U.S. 20 (1922).

تقرر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه القضية أنه طالما كانت الضريبة تنتج بعض الدخل، فليس لهذه المحكمة أن تتحرى بواحد المشرع من وراء فرضها، ولا أن تبحث في مدى تقييدها للتسلط العمل بعينها.

٧. أن مجرد زيادة سعر الضريبة، وإن كان لا يبطلها، إلا أن وطأة الضريبة لا يجوز أن تجاوز بقلها حدود معقوليتها، ولا أن تتمر أو تمتص جانباً جسيماً من وعائها، وإلا تعين الحكم بعدم دستورتها.

٨. لا يعتبر تأييم المشرع أفعالا بذواتها، وتقرير عقوبة مالية على مخالفتها، ولقعا في نطاق الضريبة، ولا هو من صورها. ذلك أن إيقاع هذه العقوبة تقرر كجزاء على إتيان أفعال أتمها المشرع. فلا تكون هذه الأفعال إلا واقعة في نطاق التجريم لخروجها على الخط الفاصل بين ما هو مباح، وما هو محظور.

٩. نفترض دستورية الضريبة، إلا إذا كان عوارها ظاهراً من وجهها. إذ يتعين في هذه الحالة أن نقيم للدولة بنفسها الدليل على أن مصلحة قاهرة هي التي اقتضتها، وأن التدخل بها في نطاق الأوضاع القائمة، كان في أضيق الحدود.

١٠. تبطل الضريبة إذا توخى المشرع من فرضها تحقيق أغراض يناهضها الدستور، كأن يفرض المشرع ضريبة باهظة يكون من أثرها الحط من تقدم الفنون على اختلافها، بما يناهض ضرورة تشجيعها وتطويرها التي حض الدستور عليها.

١١. لا يعارض الدستور فرض ضريبة يكون هدفها ردع أو خفض النشاط المحمل بعينها، ولو كان إيرادها ضئيلاً Negligible، وذلك إذا لم يكن هذا النشاط مطلوباً Inimical، أو لا صلة له بالإسهام Unessential في تحقيق الرخاء العام^(١).

"It is axiomatic that the power of the congress to tax is extensive and sometimes falls within the crushing effect on businesses deemed unessential or inimical to the public welfare".

١٢. أن كل ضريبة يلبيها المشرع غير ثوبها ليخفي حقيقتها، يكون فرضها مخالفاً للدستور.

(١) See United States v. Kahriger, 345 U.S. 22 (1953).

١٣. الوحدة الجغرافية للضريبة العامة التي يمتصها سريانها على كامل إقليم الدولة بغض النظر عن فواصله الإدارية، لا تعنى وحدة عبئها في مجال تطبيقها على كل شخص من المكلفين بها^(١).

١٤. لا ينال من دستورية الضريبة أن تكون لها آثار جانبية، اقتصادية أو اجتماعية. ذلك أن كل ضريبة، حتى مع افتراض عدالتها، تزيد من تكلفة النشاط المحمل بها^(٢).

Almost any tax will achieve an ancillary effect by increasing the taxed activities for individuals or corporations.

١٥. تظل الضريبة التي تكتمل بنواياها وفقاً للدستور، مواءمة لأحكامه، ولو أساء المشرع استخدام حصيلاتها. ذلك أن سلطة فرض الضريبة وضوابط دستورتها، تنفصل عن أوجه إنفاق إيراداتها في مصارفها المحددة لها بقانون الميزانية^(٣).

١٦. لا يجوز أن يكون الإغراق في أغراض الجبائية هدفاً يحدد للضريبة وجهتها، ويهيمن على تشكيل ملامحها، وعلى الأخص كلما كان عبئها فادحاً^(٤).

١٧. يتعين أن ترتبط النصوص القانونية التي تنظم الضريبة، عقلاً بأهدافها، وأن يتحقق التوافق بين أهدافها ونصوص الدستور.

١٨. خوض جهة الرقابة على الدستورية في أغراض الضريبة، وثيق الصلة بتقييم بنائها على ضوء حقيقة أهدافها. وهي عين المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية في شأن دستورية الضريبة المتنازع عليها.

(١) Knowlton v. Moore, 178 U.S. 41 (1900).

(٢) Laurence H. Tribe, ibid., p. 319.

(٣) وقد جمع الدستور الأمريكي الفيدرالي في مادة واحدة - هي الفصل الثامن من مادته الأولى - بين اختصاص الكونجرس في فرض الضريبة من جهة؛ وسلطته في الإنفاق من جهة ثانية. ذلك أن هذه المادة تحوّل الكونجرس اختصاص فرض الضريبة وغيرها من المكوس، وكذلك تحصيلها من أجل الوفاء بالدين وتوفير الأموال اللازمة لأغراض الدفاع وتحقيق الرخاء العام.

(٤) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ١١/١١/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٦ ص ٩١٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١٩. توافر الأوضاع الشكلية التي يتطلبها المستور في شأن الضريبة، لا يفيد -ولو ضمنا- خلوها من مثالبها الموضوعية؛ ولا يعفى عنها بالضرورة تحيقها وخروجها على ضوابط الاعتدال التي يوازن بها المشرع بين اتجاه الدولة أو سعيها لتنمية مواردها نهوضا بأعبائها؛ وبين حق المخاطبين بها في أن يقر المشرع معلنها وشروط التفضيئات، وفق معايير تتسبب بها للعدالة الاجتماعية -وهي قاعدة نظامها- أسبابها^(١).

٢٠. اختصاص السلطة التشريعية بتحديد أوجه إنفاق حصيلة الضريبة، بخولها كذلك تقرير الشروط التي يتم من خلالها هذا الإنفاق، بما يقيم صلة منطقية بين شروط إنفاق حصيلة الضريبة؛ والضوابط التي يتعين على السلطة التنفيذية التقيد بها في مجال تنفيذ قانون الميزانية.

٢١. لا يجوز فرض ضريبة على أموال ليس لها من صلة بالملتزمين أصلا بأدائها، ولا على أموال لم تعد بيد المسؤولين عنها. وإنما فرضها المشرع بعد خروجها من تمتعهم وانتقال ملكيتها إلى آخرين^(٢). ذلك أن المسؤولين عن الضريبة الذين أقامهم المشرع إلى جوار الملتزمين أصلا بها، وكلفهم بتوريد مبلغها إلى الخزنة العامة لضمان تحصيلها، وللتقليل من نفقة جبايتها، لا يتحملون بها إلا إذا اتصل المال محلها بأيديهم، حتى يقطعوا مبلغها من هذا المال ويقومون بتوريده.

٢٢. ولئن كان المسؤولون عن توريد الضريبة، لا يلتزمون أصلا بها، ويحسب تكليفهم بتوريدها تبعاً للإلتزام المدين الأصلي بها، يبقى ببقله ويزول بانقضائه؛ إلا أن من حقهم الدعي عليها مخالفتها للمستور إذا كان مبلغها يحد من نشاطهم ونطاق خدماتهم التي يؤدونها إلى الملتزمين أصلا بالضريبة. فقد يعهد أشخاص إلى بعض الفنادق بتنظيم حفلاتهم فيها مقابل مبلغ

(١) الحكم السابق ص ٩٧١-٩٧٢

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤- ص ١٠٩- ١١٠ من الجزء الثامن. ويلاحظ أن ضريبة الدمغة المطعون عليها في هذه القضية كان محلها أوراق مالية أو حصص أو أنصبة أخرجتها الهيئة أو الشركة المصرية التي أصدرتها من ملكيتها، وذلك من خلال نقلها الحق فيها إلى آخرين. وقد اعتبرت المحكمة أن صلة الشركة أو الهيئة المصدرة لهذه الأوراق أو الحصص أو الأنصبة، صلة وأمية لتدخلها المشرع نصمى سنياف الضريبة من المسؤولين عن توريدها ضريبة الدمغة، بالرغم من أن إصدار الشركة أو الهيئة نهدي الأثر في تلك الحصص أو الأنصبة، يفصلها عنها، فلا يكون لها بعد ذلك شأن بتداولها ولا بغيرها.

يدفعونها وقد يفرض المشرع علي من يقيمون حفلاتهم هذه، ضريبة يعتقنها من المبالغ التي يودونها إلي اللندق، بما يجعلهم بوصفهم ملتزمين أصلاً بدفعها. فإذا أقام المشرع - وإلى جانبهم - من يديرون هذه اللنداق أو يملكونها، وإلزامهم بتوريد تلك الضريبة إلى الخزنة العامة؛ فإنهم يكونون مسؤولين عن هذا التوريد.

وكما كان مقدار تلك الضريبة مجاوزاً حدود الاعتدال، أرقق فرضها من يقيمون حفلاتهم في تلك اللنداق وحملهم على التخلي عن حفلاتهم هذه، فلا يكون دفاع أصحابها عن مصالح عملتهم في ضريبة لا ترفعهم، غير دفاع من جهتهم عن مصالحهم الشخصية في أن تظل فنادقهم مفتوحة لمن يرغبون في تنظيم حفلاتهم بها وترتيبها^(١).

٢٣. لا يجوز أن تنتزع الدولة بمصلحتها في اقتضاء دين الضريبة، لتقرير جزاء على الإخلال بها يجاوز بمداه أو بتعدد صورته، الحدود المنطقية التي يقتضيها صون مصلحتها الضريبية. ذلك أن الأصل في الجزاء - جنائياً كان أم مدنياً أم مالياً أم تأديبياً - أن يتعلق بأفعال بذواتها يعينها المشرع. فلا يكون الجزاء ملاكماً إلا إذا كان متناسباً معها The principle of proportionality، ومتدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها على الصالح العام، وإلا صار الجزاء غلواً غير مقبول. كذلك فإن تعدد صور الجزاء، وانصبابها جميعاً على مال المدين - مع وحدة سببها - يناهي مفهوم العدالة الاجتماعية التي تقوم عليها الأنظم الضريبية جميعها، وينتقص - دون مقتض - من العناصر الإيجابية للذمة المالية للمكلفين بالضريبة أصلاً، أو للمسؤولين عنها^(٢).

٢٤. الأصل في الضريبة، أنها فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها بوصفها إسهاماً من جهتهم في أعبائها وتكليفها؛ وكن هؤلاء يدفعونها لها بصفة نهائية، وبغير أن تغايلها خدمة محددة يكون للشخص العام قد بذلها من أجلهم، وعاد عليهم مردودها؛ وكان فرضها مرتبطاً بمقدرتهم التكليفية، ولا شأن لها بما آل إليهم من فائدة بسببها، حتى لا تختلط الضريبة بالرسم الذي يستحق مقابل أنشاط خاص أثناء الشخص العام، وعوضاً عن تكلفته، وإن لم يكن

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٣٩٣ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ٤٠٨ من الحكم السابق.

بمقدارها؛ إلا أن للضريبة والرسم بتقنان في خضوعهما معا -على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- لضوابط العدالة الاجتماعية التي أقام الدستور عليها النظم الضريبية جميعها^(١).

٢٥. إذ نص الدستور على أن فرض الضريبة العامة وتحويلها وإلغائها لا يكون إلا بقانون، وأن الإلغاء منها يجوز أن يكون في حدود القانون؛ فقد دل بذلك أن صدور تفويض في شأن هذه الضريبة ينحصر في تقرير الإلغاء منها؛ وأن غير ذلك من أحكامها، لا تحده غسير السلطة التشريعية بنفسها. ولا كذلك غير للضريبة العامة من الأعباء العامة، إذ يجوز أن يحدد القانون إطارها، وأن تستكمل السلطة التنفيذية جوانبها في الحدود التي بينها القانون.

٢٦. لا يجوز لمنطقة إقليمية داخل الدولة الواحدة، أن تفرض ضريبة محلية تحد بها ممن تدفق للتجارة إليها من منطقة إقليمية أخرى.

٢٧. يتعين في مجال تقييم دستورية الضريبة، النظر إلى نوع وقدر الأعباء التي ألقتها على المخططين بها سواء كانوا ملتزمين أصلاً بها أو مسئولين عنها- وإلى قيام صلة حقيقية بين المال المحمل بعبئها وهؤلاء المخططين.

٢٨. مجرد حاجة الدولة إلى الضريبة لتنمية مواردها، لا يعتبر عسراً قاطعاً في دستورتها.

٢٩. لا يجوز في الدول الفيدرالية، أن تميز ولاية بين نشاط يباشره مواطنوها داخل إقليمها، فتعفيه بغير مبرر معقول من ضريبة تفرضها على نشاط مقابل يباشره مواطنون تابعون لولاية أخرى داخل حدودها^(٢)، ويعتبر التمييز المقرر بقانون للولاية على هذا النحو غير مبرر، إذ كان في واقعته تحكيمياً، ولو كان محايداً في مظهره أو وجهه. وليس لولاية أن تفرض ضريبة على غير أجزاء النشاط الواقعة في نطاق حدودها الإقليمية، إذا كان هذا النشاط متجداً إلى أكثر من ولاية.

(١) ص ٤١٣-٤١٤ من الحكم السابق.

(٢) Hale v. Bimco Trading co., 306 U.S. (1939).

فالولاية التي تفرض رسوم تفتيش على الأسمنت المستورد من ولاية أخرى يعادل ستين مثلاً قيمة نفقات التفتيش، تعتبر مخالفة لشرط التبادل الحر للتجارة بين الولايات، إذا كان الأسمنت المحلى في الولاية معفى من هذه الرسوم بالكامل.

٣٠. تعتبر الضريبة التي تفرضها ولاية أثناء المرور العابر لبضاعة بإقليمها، ضريبة مكررة Repeatabe tax يناقض فرضها شرط التبادل الحر للتجارة فيما بين الولايات بعضها البعض^(١). ويفترض دوماً مناسبة الضريبة التي تفرضها للولاية على ذلك الجزء من النشاط المحمل بها في نطاق إقليمها، وذلك نقادياً لازدواج الضريبة^(٢).

وليس بشرط في ذلك الجزء من النشاط المحمل بالضريبة المحلية، أن يكون مسلماً تتدفق عليها من ولاية غيرها، وإنما قد يتعلق التدفق ببعض القيمة المالية، كقرص التمويل الأفضل للمشروع، أو التقنية المتطورة^(٣).

٣١. لا يجوز لولاية أن تفرض على نفسها عزلة اقتصادية تحرمها من الاتصال بباقي أجزاء الاتحاد، ولا أن تعزل من خلال الضريبة التي تفرضها مجريان التجارة بينها وبين غيرها من الولايات بما يحول دون تدفقها، أو يعطل وسائل نقلها، أو يبهض حركتها بتدابير تعوقها؛ وبمراعاة أن حرية التجارة بين أجزاء الاتحاد، لا يخل بها أن تتخذ كل ولاية، التدابير الضرورية التي تؤمن بها سكانها وحيواناتها ونباتاتها وأشجارها ومخزون سلعها ومنتجاتها، من الأمراض التي قد تنصيبها من التجارة الوافدة بشرط ألا تزيد تكلفة هذه التدابير التي تقتضيها ممن يتاجرون معها، عن معدلاتها المنطقية. ولكل ولاية بالتالي أن ترد عن حدودها كل بضاعة أجنبية أو محلية إذا قام لديها مبرر معقول يحملها على الاعتقاد بأن من شأن اتصال هذه البضاعة بإقليمها، الإضرار برخائها العام ممثلاً في ضمان صحة مواطنيها وتأمين سلامتهم وصون قيمهم الخلقية.

٣٢. لا يجوز لولاية كذلك أن تقرر معاملة تفضيلية للسلع التي تأتيها من جهة دون أخرى من أجزاء الاتحاد. وإنما يتعين أن تترابط وحدته فيما بينها، وأن تزداد قوتها وتماسكها من خلال اتصال التجارة فيما بينها دون عائق كي تفتح قنواتها. خاصة وأن تقديمها المصالح التجارية للمقيمين فيها، على غيرهم، ليس إلا مغلاً لتدابير الردع التي تتخذها قبلها كسل ولاية أضرت بها المعاملة التفضيلية لغيرها، بما يوهن الاتحاد، ويؤدي إلى بقلته التجارة القومية بكل أشكالها.

(١) Champlain Co V.Brattleboro, 260 U.S. 366 (1922).

(٢) General Motors Corp. V. Washington, 377 U.S. 436 (1964).

(٣) Laurence H. Tribe, p. 466.

ذلك أن حرية التجارة بين الولايات هي التي تكفل اتصال أسواقها، وإمكان نفاذ منتجاتها إلى أقاليم الاتحاد في مجموعها، بغير أسوار جمركية، وبما يحقق مصلحة الصناع والمزارعين -أيًا كان مكان توطنهم في الاتحاد- وكذلك مصلحة المستهلكين الذين يضمون من خلال تنافس الولايات فيما بينها، الحصول على أفضل منتجاتها بأقل الأسعار.

٣٣. إذا كان من شأن الضريبة إلحاق مخاطر جسيمة بفرص الاستثمار والادخار، تزيد من التضخم، ولا يدور من خلالها رأس المال من خلال التنمية الأعرض والأعمق، ولا تنهض بها العمالة، فإن فرضها يكون مجاوزا ضوابط عدالتها الاجتماعية، فلا يكون أدلها واجبا وفقا للقانون، ذلك أن الحق في التنمية وفي العمل من الحقوق التي كفلها الدستور^(١).

٣٤. لا ترتبط دستورية الضريبة بعظم حصيلتها، ولا تنفيها ضآلتها. ولا يحول دونها أن يكون للضريبة فضلا عن مقاصدها الأصلية -التي يعكسها اتجاه الدولة إلى الحصول على مبلغها لإملاء منها لموارد ترصدها على مصارفها- أثرا عرضية من شأنها فرض أعباء متفاوتة على صور من النشاط التي يأتيتها المكلفون بها، والتي تقع للضريبة عليها، بما ينهيها أو يرهقها^(٢).

٣٥. ويدخل اختيار المشرع لوعاء الضريبة -وهو المال المحمل بعينها- في نطاق سلطته التقديرية، ولو كان فرضها غير مقبول بوجه علم. ولا ترتبط دستوريته بالتالي بتوافر بدائل تحل محلها، وتكفل تحقيق حصيلتها^(٣).

بيد أن هذا الاختيار وإن كان يدخل في نطاق السلطة التي يباشرها المشرع في موضوع تنظيم لحقوق، إلا أن هذه السلطة تقيد بالضوابط التي فرضها الدستور عليها لتحذ من إطلاقها

(١) القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٦٦/٣/٢- قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥٢٠ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١١١ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ -ص ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٩٩٦/٩/٧- قاعدة رقم ٤ -ص ١١١ و١١٢ من الجزء الثامن.

ولترسم تخومها التي لا يجوز أن يتعداها المشرع، سواء بإغراق هذه الحقوق من خلال تنظيمها، أو عن طريق تقييدها بما يرهقها، ويحد من اكتمال مجالاتها الحيوية التي تمثل لبها ونواتها^(١).

٣٦. حق الدولة في اقتضاء الضريبة لتنمية مواردها، ولإجراء ما يتصل بها من أثار عرضية؛ ينبغي أن يقابل بحق للملتزمين أصلاً بها، والمسؤولين عن توريدها، في فرضها وتحصيلها وفق أسس موضوعية يكون إنصافها نافياً لتحيفها^(٢).

٣٧. وعاء الضريبة هو المال المحصل بعينها. ويتعين أن يكون وجوده محققاً. وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ثابتاً بعيداً عن شبهة الاحتمال أو الترخص. ذلك أن مقدار الضريبة أو مبلغها أو دينها، لا يتحدد على وجه اليقين، إلا إذا ارتبط بوعائها، وكان محمولاً عليه. ووعاء الضريبة بالتالي هو مادتها، والغرض من فرضها هو أن يكون هذا المادّة مصرفها. فإذا فرضها المشرع على دخل معين، تعين أن يكون مبلغها مثلياً من هذا الدخل دون سواء، وناجماً عن وجوده - حقيقة لا حكماً - ومنسوباً إلى مقداره، ولأنه لا مجازاً.

فإذا انفصل دين الضريبة عن وعائها. ولم يكن نتيجة تحقق الدخل المحصل بعينها، دل ذلك على أن العلاقة بين وعاء الضريبة ومبلغها متخلفة بتمامها بما ينالض أسسها الموضوعية التي لا تقوم إلا بها^(٣).

٣٨. ليس ثمة مصلحة مشروعة تترجى من وراء إقرار قانون يتوخى مجرد تنمية موارد الدولة عن طريق ضريبة تقتصر على قبولها الشكلية، أو لا تتوغل فيها عناصر عدالتها الاجتماعية. ذلك أن جباية الأموال ذاتها لا تعتبر هدفاً يحميه الدستور. بل يتعين أن تكون هذه الجباية وفق قواعده، وبالتطبيق لأحكامه^(٤).

(١) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٥ - ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٥ - ١٣٧٦ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٤٣ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٦/١٩٩٣ - قاعدة رقم ٥/٧ - ص ٨٤ و ٨٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٤) الحكم السابق - قاعدة رقم ٣/٧ ص ٨٣.

٣٩. إقرار السلطة التشريعية لضريبة تم فرضها بالمخالفة للدستور -ولو بأثر رجعي- يرتد إلى تاريخ العمل بها- لا يحجبها من جديد ولا يزيل عوارها ولا يحيلها إلى عمل مشروع.

والقانون المجيز لها في عداد القوانين التي يتقيد اقتراحها وإقرارها وإصدارها بالأحكام المنصوص عليها بالدستور. ذلك أن الضريبة التي تتناقض الدستور، يلحقها العدم منذ فرضها، فلا ترد إلى الحياة لأن الساقط لا يعود^(١).

٤٠. إذا فوض المشرع رئيس الجمهورية في تعديل قانون الضريبة على الاستهلاك من خلال إضافة سلع جديدة إلى قائمة السلع التي أخضعها هذا القانون لأحكامه، فإن قرار رئيس الجمهورية في ذلك يكون معدلاً من بنين الضريبة من خلال تحويل أحكامها ونطاق سريانها. ويتع هذا القرار باطلاً بالتالي بعد أن قام على تفويض مناقض للدستور^(٢).

٤١. تعتبر العدالة الاجتماعية قيدا على النظم الضريبية جميعها. ولئن كان الدستور لم يبين لهذه العدالة مفهوماً، إلا أن العدل -وباعتباره قيمة مثلى- لا يتحدد إلا منظور اجتماعي على ضوء القيم التي ارتضتها الجماعة خلال زمن معين، وكان للترامها بها مهيمنة على مظاهرها سلوكها، تعبيرا من جانبها عن أكثر المصالح توافقاً مع بينتها. فلا يكون قبول أفرادها بها، إلا حلا ملائماً لتنازع توجهاتهم وتعارضها.

وصح القول بالتالي، بأن تلك القيم لا تعنى شيئاً ثابتاً باطراد؛ ولأن معانيها وغاياتها تتباين تبعاً لمعايير الضمير الاجتماعي ومستوياتها؛ وكان لا يجوز بالنظر إلى مخاطر التعارض في مجال العدالة الاجتماعية بين مقترضاتها النظرية ومتطلباتها العملية، أن يكون تصورهما ذاتياً، ولا

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١١/٢٣/١٩٩٦- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٩٠ من الجزء الثامن. فلو أن المشرع خول رئيس الجمهورية أن يفرض الضريبة العامة على المبيعات بقرار منه، فإنها تتعدم أصلاً. ولا يتصور أن يفرضها قانون لاحق إلا إذا طبق بأثر مباشر. فإذا نسب هذا القانون إلى تاريخ نعمل بضريبة المبيعات المحتومة بقصد إحيائها، وقع هذا القانون باطلاً.

(٢) القضية رقم ١٦ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١١/٢٣/١٩٩٦- قاعدة رقم ١٣ -ص ١٩٠ من الجزء الثامن.

دائرة تطبيقها منغلقة على نفسها؛ إلا أن القيم التي يحتضنها الحل، تظل نتائج الخبرة التي صهرها العقل الجمعي، فلا يلتزم المشرع طرقها بعيداً عما يراه الأفراد في مجموعهم حقاً وإصفاً^(١).

ومما يخلص مفهوم العدالة الاجتماعية، ويخل بالحماية التي تكفلها الدول الديمقراطية لمواطنيها في هذا الأدنى، أن يكون الجزاء على مخالفة قانون الضريبة، منطوياً على الغلو. وهو ما يظهر على الأخص حين يعمل المشرع أفعالا تتنافر خصائصها، ولا تتحد فيما بينها في قدر خطورتها، بافتراض تساويها في الآثار التي ترتبها، ليجمعها في بوقته واحدة، وينزل على كل منها صور الجزاء ذاتها التي فرضها على غيرها، لتحيطها وطأتها دون تمييز بينها؛ وذلك سواء كان التورط في هذه الأفعال ناشئاً عن عمد أو عن إهمال أو عن فعل لا يقترن بأيةها؛ وسواء كان إتيانها بقصد التكتليس على القائمين على تنفيذ قانون الضريبة عن طريق إخفاء بياناتها، أو عرض ما هو غير صحيح منها بقصد التخلص منها كلها أو بعضها ولتقتلص مبلغها؛ أم كان منتهياً إلى مجرد التأخير في توريدها؛ وسواء كان التأخير في توريدها عرضياً أو مقصوداً محدوداً بفترة زمنية ضيقة، أو متراخياً أجلاً طويلاً؛ ناجماً عن قوة قاهرة، أو عن إوضاع طارئة مفاجئة^(٢).

ليظهر عين الجزاء متجلباً بأفعال تتنافر عناصرها وعواقبها، فلا يكون جزاء كل من هذه الأفعال مناسباً لحقيقتها. بل يقيس المشرع ألقها خطراً على أسوئها مقصداً، ويعاملها جميعاً بافتراض وحدة مضمونها وآثارها وتلاقيها في خصائصها فلا يزنها بالقسط.

وليس ذلك إلا غلوا منافي لضوابط العدالة الاجتماعية التي أرستها المادة ٣٨ من الدستور، لتقيم عليها للنظم الضريبية جميعها، وما يلحق بها من الأعباء المالية التي حددتها المادة ١١٩/٢ من الدستور. يؤيد هذا النظر، أن النصوص القانونية لا يجوز أن تؤخذ إلا على ضوء ما يتحقق فيه معناها، ويكفل ربط مقدماتها بنتائجها.

وإذا كان الأصل في صور الجزاء ألا تتراحم جميعها على محل واحد بما يثير بها عن موازين الاعتدال، وألا يتطوّر جزاء منها يغير الأفعال التي تتحد في خواصها وصفاتها، وبما

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ٤١٦ - ٤١٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٤ - ص ١٣٧٧ - ١٣٧٨ من الجزء الثامن.

يلتزمها؛ فقد صار باطلاً كل جزء يكون من أثره، الإخلال اعتسافاً بحقوق الملكية الثابتة لأصحابها. ويتبين بالتالي أن يوازن المشرع فيما يقره من جزء، بين الأفعال التي يجوز أن يتصل بها، وأن يقرر لكل حال ليومها، فلا يتخذ من النصوص القانونية ما تظهر فيه مثالبها، بل يبتغيها أسلوباً منطقياً لتقويم أوضاع خاطئة وتصحيحها^(١).

٤٢. كلما كان موضوع الخصومة للدستورية متعلقاً بدستورية ضريبة فرضها المشرع، فإن نصوص الدستور جميعها، سواء في ذلك تلك التي تنظم قوالبها الشكلية، أو التي تتصل بأسسها الموضوعية، تعتبر مثارة فيها بحكم الاقتضاء العقلي.

٤٣. لجهة الرقابة على الدستورية- وفي مجال تحققها من دستورية الضريبة أن نباشر رقابتها على الواقعة التي أنشأتها، وأن نمتظر بالتالي حدود للصلة بين المكلفين بها؛ والمال المحمل بحبها؛ ونطاق مقدرتهم التكليفية، وأن تكون صور الدخول على اختلافها -وباعتبارها إيرادات مضافاً إلى رسوم الأموال التي أفتحتها- وعاء أساسياً لها كإفلا -بصفة مبدئية- عدالتها وموضوعيتها. فلا تتال للضريبة من رسوم الأموال ذاتها بما يؤول إلى تآكلها أو يحول دون تراكمها، لضمان أن يظل استخدامها في مجال التنمية عريضاً وقاعلاً من خلال تدفق روافدها.

٤٤. ولا يجوز في الدول الفيدرالية -وفي نطاق شرط للتفق غير المعاق للتجارة بين ولاياتها- أن تقرر إحداها معاملة ضريبية تفصيلية تؤثر بها التجارة المحلية الواقعة في نطاق إقليمها، بما يضر بالتجارة الواقعة فيما وراء حدوده.

كما لا يجوز في نطاق الدول الفيدرالية أن تنتشر السلطة التشريعية المركزية وراء مفهوم الضريبة الاتحادية التي يجوز لها فرضها، كي تنظم من خلالها مسائل تدخل في الاختصاص المنفرد للولايات.

٤٥. تحفظ الضريبة التي تفرضها الدولة، بصفتها كمورد لها Revenue Measure، ولو كان لها جانبي تنظيمي عرضي Ancillary regulatory effect يتوخى تنظيم أعمال بذواتها بقصد

(١) الحكم السابق- ص ١٣٧٨- من الجزء الثامن.

إرهاق نشاطها، كلما تم تحقيق أغراضها العرضية من خلال محلها^(١) Rate structure أو كان لهذه الأغراض صلة منطقية بتنفيذ قانون الضريبة^(٢).

فإذا لم يكن للضريبة من أغراض تتوخاها غير آثارها التنظيمية؛ فإنها تفقد صفتها كضريبة لزوال عنصر الإيراد منها. ويكفي لاعتبار الضريبة دخلاً للخرافة أن ينتج عنها إيراد للدولة أياً كان مقداره. وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تتلصق السلطة التشريعية في دوافعها لإقرار الضريبة التي فرضتها، ولا في نطاق الآثار العرضية التي حققتها للضريبة؛ طالما أن أغراضها لا تنحصر في تحقيق هذه الآثار^(٣).

٤٦. لأن كانت الضريبة مصدراً لإيراد الدولة، إلا أن تعلقها بنشاط معين، يفترض تحديده بصورة جازمة، وألا ننظر إليها كتعويض عن تكلفة تحملها للدولة بمناسبة هذا النشاط. ذلك أن الضريبة في صحيح مفهومها، هي التي يفرضها المشرع في شأن الملتزمين بها الذين يدفعونها دون خطأ من جانبهم باعتبار أن مصدرها المباشر نص للقانون ولا كذلك التعويض عن المعسل غير المشروع، إذ يعتبر نص القانون مصدراً غير مباشر لهذا التعويض^(٤).

٤٧. يفترض لاختيار المشرع صوراً بذاتها من التعامل، وفرضه لضريبة على صافي أرباحها؛ تطبق هذه الأرباح بتلك الصور من التعامل دون غيرها؛ وأن يكون تحققها قائماً بها في كل أحوالها وظروفها.

ولا كذلك الضريبة التي فرضها المشرع على البيوع بالميزاد، والتي افترض بها تحقيق هذه البيوع في كل أحوالها - فائضاً مضافاً إلى القيمة الأصلية للأموال موضوعها.

ذلك أن تلك البيوع قد تدار قضائياً أو إدارياً، فلا يكون للقائمين على إجرائها، مصلحة في اقتضاء ثمن عادل لها.

وقد يضطر أصحابها - ولو باعوا اختياراً - إلى عرضها في وقت غير ملائم، فلا يترجون من بيعها. فإذا فرض المشرع ضريبة على بيعها غير المشر، كلفهم رقماً بما ينال من رعب

(١) Mc Gray V. United States 195, U. S. 27 (1904).

(٢) United States V. Doremus, 249 U.S. 86 (1919).

(٣) Sonzinsky V. United States, 300 U.S. 506, 514 (1937).

(٤) القضية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - صفحة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٠ - ص ١٣٠ من الجزء الثاني.

أموالهم في ذاتها. وهو ما يخرج بالضريبة عن وظيفتها بوصفها إسهاماً منطقياً من المكلفين بـها بقصد مواجهة الأعباء التي يقتضيها تسيير وتنظيم وتطوير المرافق العامة.

والقول بأن الضريبة التي فرضها المشرع على بيوع بنواتها، ليس من غيرها في مجال ربطها وتحصيلها؛ لا يقيمها -ربنا على هذا الاعتبار وحده- على أساس من الدستور^(١).

٤٨. لا يجوز للضريبة أن تكرر وعاءها من خلال فداحة عبئها؛ ولا أن تتمحض عن جزاء يكون هو المقصود بها، ولو تخفى في صورة الضريبة^(٢).

الفرع السادس عشر

الجريمة الضريبية

أولاً : تطبيق حق رفعها على طلب من الجهة التي عينها المشرع

١٩٢- قد يعلق المشرع حق النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية بشأن الجريمة الضريبية على طلب يقدم إليها من الجهة التي يحددها. فلن هو فعل، كان ذلك قيداً استثنائياً على سلطتها في مجال تحريكها، ومفترضاً إجرائياً لجواز مباشرتها.

ولا يعتبر هذا القيد بالتالي عنصراً في قيام الجريمة أو توافر أركانها. بل مجرد عقبة تحول دون اتخاذ إجراء فيها ما بقي للقيد قائماً. ولارتفاع هذا القيد مؤداه أن يعود إلى النيابة العامة اختصاصها كاملاً في شأن هذه الجرائم، فلا تلزم برفع الدعوى الجنائية عنها. بل تقرر -في حدود سلطتها التقديرية- تحريكها أو إهمالها.

وهذه القاعدة هي التي رددتها المادة ٢١ من قانون المصلحة القضائية التي تخول النيابة العامة دون غيرها، الحق في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على غير ذلك. وهو ما يعني أن أصل الحق في رفعها مخول للنيابة العامة تتولاها بنفسها على ضوء وقائع الاتهام

(١) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٥/١١/١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٥/١١/١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٩٨١ - ٩٨٢ من الجزء الثامن.

وأدلتها. لا استثناء من ذلك إلا في جرائم بذواتها يحددها القانون، ويندرج تحتها تلك التي تقتضى طبيعتها الخاصة، ألا تتخذ النيابة العامة إجراء فيها إلا بناء على طلب من الجهة التي عنها المشرع، يصدر عنها وفق ما تراه ملائماً ولوثق اتصالاً بالمصلحة التي توخاها المشرع من التجريم^(١).

١٩٣- ولا تعتبر العقوبة التي يفرضها المشرع على الجريمة الضريبية مقصودة لذاتها، وإنما غايتها تحقيق غرض محدد يرتبط بها، يتمثل أصلاً في صون مصلحة الخزنة العامة في إطار من التقاض بين المتحملين بالضريبة من ناحية، والجهة الإدارية التي تقتضيها من ناحية ثانية.

ومن ثم توازن هذه الجهة بين مسؤولياتها في صون المصلحة الضريبية للدولة، وخطورة الأثار المترتبة على الإخلال بها، بما يخولها سلطة مطلقة في مجال تقدير ملامة رفع الدعوى الجنائية عن الجريمة الضريبية أو التخلي عنها. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

١٩٤- الأصل في الجرائم الضريبية أنها جرائم مالية غايتها التخلص من الضريبة الجمركية كلها أو بعضها، ولا تنطق لها بأشخاص مرتكبيها. ولئن جاز القول بأن بعض هذه الجرائم قد يخل بالحماية اللازمة لدعم الصناعة الوطنية من خلال تطبيق النظم المعمول بها في شأن البضائع الممنوع استيرادها؛ إلا أن الجرائم الضريبية -على تباين صورها- يتعين معاملتها وفق ضوابط حذرة يكون تطبيقها علناً إلى الإدارة المالية ذاتها، لتزن على ضوئها، خطورة كل منها وملابستها، فلا تقام الدعوى الجنائية عنها إلا بناء على طلبها بعد تقييمها لكل حالة على حدة^(٢).

(١) لل قضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٣٤- جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- ص ٥٨٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٤- ص ٥٨٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ثانياً: النصالح فيها

١٩٥- قد يجيز المشرع الصلح في بعض الجرائم الضريبية، كجريمة تهريب البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها أو الشروع فيه، أو حيازتها بقصد الاتجار مع العلم بتهريبها. فإذا جعل المشرع لهذا الصلح أثراً وجوبياً يتمثل في مصادرة البضائع المضبوطة في تلك الجرائم، وأثراً جوازياً يخول الجهة الإدارية وفق سلطتها التقديرية، الحق في مصادرة ومساثل نقلها ومواد تهريبها؛ فإن المصادرة في الحالتين لا تستند إلى إرادتين تلاقيتا على الصلح فيما بينهما. بل تنتم المصادرة الجوازية بقرار منفرد تصدره الجهة الإدارية. كذلك تقع المصادرة الوجوبية بناء على نص في القانون، بما يحتم إنفاذ أثرها ولو خلا عقد الصلح منها، بل ولو أسقطها هذا العقد لنزول الجهة الإدارية عنها.

وفضلاً عما تقدم، فإن المصادرة في صورتها الوجوبية والجوازية، لا تقع بناء على حكم قضائي بالمخالفة لنص المادة ٣٦ من الدستور. ذلك أن عدم رد البضائع التي تم ضبطها إلى أصحابها، مؤداه أن تحل الدولة محلهم في ملكيتها، ولأن تؤول إليها هذه البضائع بغير مقابل، وهو ما يفيد مصادرتها.

وإذا كانت المصادرة التي أجازها المشرع -كأثر للنصالح فيما بين الممولين والجهة الإدارية- لا تعتبر تكبيراً احترازياً يتصل بأشياء يعتبر استعمالها أو صنعها أو حيازتها أو بيعها في ذاته، جريمة معاقب عليها *Objects the possession of which without more, constitutes a crime.* فإن عدم رد هذه البضائع إلى أصحابها يعتبر عقاباً جنائياً لقيام صلة بين مصادرتها وبين الجريمة التي تم ارتكابها. وهي بعد عقوبة عينية ترد على أموال بذواتها تتمثل في بضائع تم ضبطها اتصالاً بتهريبها، وكان ينبغي بالتالي أن يصدر بها حكم قضائي^(١).

يؤيد هذا للنظر أن الدستور، وإن حظر بنص المادة ٣٦ مطلق المصادرة العامة، ولم يجز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي، سواء كانت هذه المصادرة عقاباً جنائياً، أم كانت جزاء مدنياً ميناء مخالفة النظم الجمركية المعمول بها؛ فإن توقيعها يجب أن يتم من خلال حق التقاضي صوناً

(١) الحكم السابق ص ٥٩٠ - ٥٩٣ من الجزء السلع من مجموعة أحكام المحكمة.

لحقوق الملكية التي تصيبها المصادرة. فلا يتم الفصل في هذه الحقوق -سواء بإثباتها أو نفيها- إلا على ضوء نظرة محايدة تحيطها، ووفق مقاييس وضوابط حددها المشرع سلفاً^(١).

(١) الحكم السابق من ٥٩٣ - ٥٩٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الخامس

الرقابة على الدستورية في مجال القانون الإداري

١٩٦- وتحدد المحكمة الدستورية العليا القواعد التي تحكم مباشرة السلطة التنفيذية لاختصاصاتها التشريعية، سواء في ذلك ما اتفق منها وطبيعة وظائفها، أو ما خرج عن النطاق الطبيعي لولايتها. وهي تحدد كذلك ماهية قراراتها الفردية؛ ونطاق تدخلها فسي المرافق التي تشملها؛ وخصائص العقود الإدارية التي تدخل فيها للوفاء باحتياجاتها. وتستظهر فضلا عما تقدم، حقيقة الروابط القانونية بين هذه للمرفق وعمالها، وتقيم لها ضوابطها. وفيما يلي تفصيل لكل ما تقدم:

المطلب الأول

مباشرة الإدارة لسلطانها اللاحقة

١٩٧- تبأثر السلطة التنفيذية اختصاص إصدار تشريعات للاحية، إما بصفة أصلية فيما يتفق وطبيعة وظائفها، كأصدارها للوائح اللازمة لتنفيذ القوانين؛ وإما بصفة استثنائية تخرج فيها عن النطاق الطبيعي لوظائفها، مثلما هو الحال في اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة.

ذلك أن اختصاصها بإصدار هذين النوعين من اللوائح اللتين تبأثر من خلالهما سلطة تشريعية استثنائية، مردها إلى قواعد الدستور ذاتها في الحدود الضيقة التي أنشأ بها.

الفرع الأول

اللوائح التنفيذية

١٩٨- تصدر هذه اللوائح وفقاً لنص المادة ١٤٤ من الدستور، والقاعدة فيها أنها تفصل ما ورد إجمالاً في نصوص القانون، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها، أو إعفاء من تنفيذها^(١). ولا يعد من قبيل هذه اللوائح، تفويض رئيس الجمهورية في أن يخضع للضريبة مسلحاً غير التي اشتمل عليها الجول المرافق لقانونها، أو أن يزيد فئاتها بما يحل من نطق سريان أحكامها ويحور بنيتها^(٢).

(١) "مستورية عليا" - للضريبة رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ يونيو ١٩٦٦ - قاعدة رقم ٤٧

- ص ٧١٦ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يختص بإصدار اللوائح التنفيذية - عملاً بنص المادة ١٤٤ من الدستور - غير رئيس الجمهورية أو من يفوضه في ذلك، أو من يعينه القانون لإصدارها. وكلما عهد القانون إلى جهة بذاتها بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذه، فإن هذه الجهة دون غيرها هي التي تستقل بإصدارها^(١).

الفرع الثاني

للوائح التفويضية

١٩٩- لرئيس الجمهورية - عملاً بنص المادة ١٠٨ من الدستور - أن يصدر قرارات لها قوة القانون فيما فوض فيه من المسائل التي عهدت إليه السلطة التشريعية بتنظيمها، وذلك في إطار ضابط عام، هو ألا يكون من شأن هذا التفويض، نقل الولاية التشريعية بأكملها، أو في جواربها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية. ذلك أن تخلي السلطة التشريعية عن ولايتها، أو نزولها عن جزء هام منها لجهة أخرى تتيبها عنها في مباشرتها، يفقدها صفتها التمثيلية، ويقربها من السلطة التنفيذية إلى حد اندماجها معها، ويفيد كذلك خروجها على الدستور من خلال عزوفها عن مباشرة اختصاص نيط بها وفقاً لأحكامه.

وفي إطار هذا الضابط العام لا يجوز التفويض إلا عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية، ويشترط أن توافق السلطة التشريعية على قانون التفويض بأغلبية ثلثي أعضائها لضمان أن يظل التفويض في حدود ضيقة لا تغريظ فيها. وعلى السلطة التشريعية كذلك، أن تحدد بنفسها قانون التفويض نطاق المسائل المفوض فيها، وأسس تنظيمها بصورة قاطعة ينصم بها جدل حول مضمونها وضوابط تنظيمها. ويشترط دوماً أن يكون التفويض موقوتاً "يزمن معين" لا يجاوزه، سواء كانت مدة التفويض محددة سلفاً، أو قابلة للتحديد من خلال عناصر تيسر ضبطها. وذلك حتى لا تتحول الولاية التشريعية الاستثنائية التي حولها للدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة جامحة منفلة من عقابها.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٣ - ص ٢٤٢ وما بعدها من الجزء الخامس.

(٢) "دستورية عليا" القضية رقم ٥ لسنة ٥ ق "دستورية" - جلسة ١٧ مايو ١٩٨٦ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٣٢٥ وما بعدها من الجزء الثالث.

ولا تمارس السلطة التنفيذية التفويض الصادر لها من السلطة التشريعية بعيداً عن رقابتها. ذلك أن الدستور ألزمها بأن تعرض على السلطة التشريعية، التدابير التي اتخذتها بناء على قانون التفويض، على أن يتم ذلك في أول جلسة تدعى السلطة التشريعية إليها بعد انتهاء مدة التفويض. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية عليها خلال هذا الميعاد تلك التدابير، أو عرضها، ولكن السلطة التشريعية لم تقرها، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون. بما مؤداه:

أولاً: أن التفويض الصادر عن السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية مقيد بالحدود الضيقة التي تفرضها الطبيعة الاستثنائية لاختصاص بتولاء عرضاً، وعند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية التي تقتضي تدابير ملحة. ومن ثم ينقيد اختصاص رئيس الجمهورية -على الأخص- بقيدتين رئيسيتين:

أولهما: أن التفويض لا يصدر إلا لتنظيم موضوع معين، وبشرط أن يحيط بالأسس التي يقوم عليها هذا التنظيم.

ثانيهما: أن رئيس الجمهورية لا يباشر الاختصاص المفوض فيه، إلا خلال الفترة التي يبينها قانون التفويض بصورة صريحة أو ضمنية.

فإذا خلا قانون التفويض من بيانها، وقع التفويض باطلاً لصوره بالمخالفة للدستور (١).

الفرع الثالث

لوائح الضرورة

٢٠٠- حدد الدستور لكل سلطة وظائفها الأصلية، وبين كذلك ما تباشره من مهام لا تدخل في نطاق وظائفها هذه، وإنما تخرج عن المجال الطبيعي لنشاطها.

وهذه الأعمال الاستثنائية -والعرضية بطبيعتها- هي التي فصل الدستور أحكامها لضمان مباشرتها في إطار القيود التي أحاطها بها. ذلك أن فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وأن توخى أن تتولى كلا منها المهام التي أختصها الدستور بها بحكم تطبيقها بالمجال الطبيعي

(١) القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٥ ص ٣٢٨، ٣٢٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٣ ص ٤٢٩ - ٤٣٠ من الجزء السابع.

لوظيفتها، إلا أن هذا الفصل يتعين أن يوازن بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام العام في إقليمها، إزاء المخاطر التي قد تواجهها فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها، ولو لم تكن هذه المخاطر ملدية في طبيعتها، بل كانت من طبيعة قانونية تقتضيها ضرورة إيفاء الدولة لالتزاماتها الحالية التي أنشأتها معاهدة دولية تعد طرفاً فيها .

وعلى ضوء هذه المخاطر، وبالنظر إلى عواقبها، وبمراعاة حثتها - وهي مخاطر لا يشترط فيها أن تكون الأضرار التي تقارنها قاطعة في وضوحها، وإنما يكفي أن تلوح نذرها وأن تتخذ بالتالي شكل إرهاب من هذه المخاطر - خول الدستور رئيس الجمهورية أن يتخذ لتوقيها أو إردها على أعقابها أو لتقليص آثارها، تدابير عاجلة تناسبها.

ونلك هي حالة الضرورة التي يقوم بها مناط تطبيق نص المادة ١٤٧ من الدستور. وهي حالة تبسط عليها المحكمة الدستورية العليا رقابتها، للتحقق من وجودها أو من تخلفها. فإذا قام الدليل لديها على وجودها، كان عليها أن تتنظر كذلك في نوع ونطاق التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية لمواجهتها، كي تفصل في ملاءمة هذه التدابير لإنهاء المخاطر أو تخفيفها، حتى لا تتحول الرخصة التشريعية الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية، إلى سلطة مطلقة كاملة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو انفلاتها^(١).

(١) "دستورية عليا" - لل قضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية دستورية - جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣١
س - ٢٨٨ - ٢٩٠ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

المطلب الثاني

نطاق مريان للوائح وأثره على الشرعية الدستورية

الفرع الأول

القواعد التنظيمية وحدها هي التي تجوز مراقبتها دستوريا

٢٠١- لا تعد اللائحة قرارا إداريا تنظيميا إذا اتصل تطبيقها بمجال القانون الخاص، ولسو كانت الجهة التي أصدرتها من أشخاص القانون العام.

كذلك تتحدد أوضاع أو مراكز العاملين في الدولة، على ضوء الدائرة التي تنتميها أصلا. فإذا كان القانون الخاص يحكمها في عموم قواعده، كان هذا القانون محورها، وقاعدة بنيانها، ولو تدخل المشرع بقواعد قانونية أمره لتنظيم بعض جوانبها.

بما موده أن كل تنظيم للعلاقات القانونية في دائرة بذاتها، لا يجوز أن يكون مجافيا لحقيقتها، بل يتعين دوما الرجوع إلى الأصل فيها، وأن ينظر إليها بافتراض اتساقها مع هذا الأصل^(١).

وكما دخل مضمون هذه العلاقات في منطقة القانون العام، وقام تنظيمها على قواعد مجودة أصدرتها السلطة التنفيذية، توافر مناط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في دستورتها.

ولا كذلك ما يصدر عن أحد أشخاص القانون الخاص من قرارات في شأن من الشؤون التي ينظمها هذا القانون، كالقرارات التي تصدرها البنوك التجارية في إدارتها لمئونها المصرفية^(٢).

كذلك فإن القرار الصادر عن شركة مساهمة في نطاق أغراضها، وعلى ضوء الوسائل التي تملكها في إدارتها لمئونها، يظل واقعا في منطقة القانون الخاص؛ ولا يعتبر بالتالي قرارا إداريا

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٥٦٦ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٠٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٧ - ص ٩٨٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ١٩ قضائية "دستورية" - جلسة ١ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٢ - ص ١١٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٣ - ص ٢٣١ من الجزء السابع.

-فرديا أو تنظيمياً- ولو كان المشرع قد ضبط بعض نواحي نشاطها بقواعد أمره لا يجوز الخروج عليها^(١).

والأصل في القرارات الإدارية -فردية كانت أم تنظيمية- هو صدورها عن الجهة التي اختصها المشرع أو الدستور بإصدارها؛ واستيفائها للأوضاع الشكلية المطلوبة فيها؛ ومطابقتها في محلها للقانون؛ وبراعتها في بواعثها مما يحرفها عن أغراضها.

ذلك أن تنكها عن المصلحة العامة؛ أو مجاوزتها أغراضاً بذواتها رصدها المشرع عليها. مؤداه جواز النعي عليها بمجاوزة السلطة. ويعتبر ذلك عيباً غالياً أو قصدياً لا يفترض، إذ هو وثيق الصلة بحقيقة الأغراض التي توختها الإدارة من وراء إصدارها للقرار المطعون فيه، ويتعين بالتالي أن يقوم الدليل عليه نقياً من عيون الأوراق ذاتها^(٢).

ولا شأن للرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا على التشريعية الدستورية، بالقرارات الإدارية الفردية مهما بلغ خطرهما، أو درجة انحرافهما عن حكم الدستور، أو خروجها على قواعده.

ذلك أن قراراتها هذه لا تتولد عنها غير مراكز خاصة يقتصر أثرها على أشخاص معينين بذواتهم. ولا شأن لها بالتالي بذلك المركز العام الذي يتولد عن القانون بمعناه الموضوعي^(٣).

وإذ تقضى محاكم مجلس للدولة بقبول أو برفض طلب مقدم إليها في شأن وقف تنفيذ قرار مطعون فيه أمامها، فإن حكمها في ذلك يفيد بالضرورة فصلها في المسائل الفرعية التي لا يستقيم

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٦٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٥ -ص ٥٩٥ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "طلبات أعضاء" - جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٩/١، ١٠ -ص ٤٤٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٣) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٥ ص ٥٢ و ٥٣ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. ولا تغير بالتالي من قبل النصوص القانونية قرارات توزيع العمل فيما بين الدوائر المختلفة التي تضمها المحكمة الواحدة -أي كان نوعها أو درجتها- والتي تصدر عن جميعها العلة عملاً بنص المادة ٣٠ من قانون السلطة القضائية، ذلك أن هذه القرارات لا تعتبر تشريعاً أصلياً أو فرعياً سواء بالنظر إلى مضمونها أو الآثار التي ترتبها، بل تتولد عنها مراكز ذاتية تخص القضاء الذين تم توزيع العمل القضائي فيما بينهم تنظيمياً لسواء.

"دستورية عليا" -القضية رقم ١٢ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ١٢/٣/١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٩ -ص ٢٨٣ من الجزء السادس.

نظر هذا الطلب بغير الخوض فيها؛ كذلك المتعلقة باختصاصها ولائيا ونوعيا بالفصل في خصومة إلغاء هذا القرار المطروحة عليها؛ وكذلك في توفر شروط قبولها أو انقائها، فلا يكون وقفها تنفيذ القرار المطعون فيه، إلا قضاء ضمينا باختصاصها بإلغائه^(١).

الفرع الثاني

امتناع تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية

٢٠٢- وينبغي أن يلاحظ أن القرارات الإدارية جميعها -الفرنسية منها والتنظيمية- لا يجوز تحصينها من رقابة القضاء، سواء تعلق الأمر بإلغائها أو بالتعويض عنها:

أ. فالقرار يقنون الصادر عن رئيس الجمهورية بإعادة تعيين أعضاء السلكين للدبلوماسية والقنصل في مصر وسوريا، وتحديد أقيمتهم على أن يكون ترتيبهم فيما بينهم نهائيا، وغير قابل للطعن، يناقض حق هؤلاء في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، وفي تساويهم مع غيرهم من العاملين أمام القانون، بالمخالفة للمادتين ٤٠ و ٦٨ من الدستور^(٢).

ب. وما قرره القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببعض الشركات القائمة، من تخويل لجان التقييم التي نص عليها، حق تحديد أسعار أسهم بعض الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون، توصلنا لتحديد قيمة التعويض المستحق قانونا لأصحابها مقابل أيلولة ملكية أسهمهم إلى الدولة، مؤداة أنها من اللجان الإدارية -لا القضائية- فلا يجوز تحصين قراراتها من الطعن عليها أمام جهة القضاء المختصة بالفصل فيها^(٣).

ج- أن مجلس الدولة كهيئة قضائية لها استقلالها، صار بمقتضى نص المادة ١٧٢ من الدستور مختصا بولاية الفصل في المنازعات الإدارية جميعها باعتباره قاضيا الأصيل، فلا مباشر جهة أخرى بعض جوانبها إلا في حدود ضيقة، وبصفة استثنائية تكون الضرورة في

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٠ لسنة ١٧ قضائية كتازع- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٥ من ٩١٨ من الجزء السابع.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ٤٠ لسنة ٥ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ١٧- جلسة ٥ يناير ١٩٨٥ من ١٠٢ وما بعدها من الجزء الثالث من أحكام المحكمة.

(٣) "مستورية عليا" -القضية رقم ٦٧ لسنة ٦ ق "مستورية" - جلسة ١٦/٢/١٩٨٥ -قاعدة رقم ٢٣ من ١٤٥ وما بعدها من الجزء الثالث.

صورتها الملجنة هي مدخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة - في أوثق روابطها - مقطوع بها؛ وفي إطار قانون صادر عن السلطة التشريعية إعمالا للتفويض المخول لها بمقتضى نص المادة ١٦٧ من الدستور في شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها، وتنظيم طريقة تشكيلها^(١).

إذا كان كذلك؛ وكان التظلم من أمر الاعتقال إنما يشكل خصومة قضائية تدور بين السلطة التنفيذية في شأن تدابير الاعتقال التي اتخذتها من جهة؛ وبين المعتقل أو غيره الذي يتظلم من أمر الاعتقال طعنا عليه على أساس عدم مشروعيته من جهة أخرى؛ وكان للمشرع قد اختص محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" دون غيرها بالنظر في أمر الاعتقال فصلا في التظلم منه؛ وكان المشرع قد كفل للمعتقل كل ضمانات قضائية يقتضيها إيداء دفاعه وسماع أقواله؛ وكان التظلم من أمر الاعتقال واقعا أمام جهة قضائية تفصل في خصومة التظلم بمقتضى قرار يصدر خلال أجل محدد على أن يكون مسببا؛ وكان رفض تظلمه بخوله الحق في أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضى ثلاثون يوما من تاريخ رفض للتظلم؛ فلن محكمة أمن الدولة العليا "طوارئ" تكون هي الجهة التي اختصها المشرع بالفصل في التظلم باعتبارها قاضيه الطبيعي. وهي تفصل فيه فصلا قضائيا لا يحسن أمر الاعتقال - وباعتباره قرارا إداريا - من رقابة القضاء..

ومن ثم لا يكون إسناد الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى غير محاكم مجلس الدولة لضرورة قدرها المشرع، مخالفا لنص المادتين ٨٦ و ١٧٢ من الدستور^(٢).

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٢ لسنة ١٨ قضائية "نزاع" - جلسة ١٩٩٧/١٢/٦ - ص ١٥٣٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

أنظر كذلك القضية رقم ١٣٣ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ إبريل ١٩٩٩ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٢٤٩ من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ سبتمبر ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٨٢ - ص ٧١٥ من المجلد الأول من الجزء التاسع. (٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٥٥ لسنة ٥ ق "مستورية" - جلسة ١٦ يونيو ١٩٨٤ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٠ وما بعدها من الجزء الثالث.

ويلاحظ كذلك أن الأئمة التي يدور موضوعها حول ما يصدر في شأن طلاب المعاهد العسكرية من قرارات إدارية -سواء ما اتصل منها بتحصيلهم الدراسي أو ما تعلق بامتحاناتهم- تتمثل في طبيعتها وتتحد في جوهرها مع الأئمة الإدارية الخاصة بأقرانهم من طلاب الجامعات والمعاهد العليا التابعة لوزارة التعليم أو الخاضعة لإشرافها؛ ولا يجوز بالتالي أن يخرجها المشرع من اختصاص محاكم مجلس الدولة بالنظر إلى دخولها أصلاً في ولايتها باعتبارها قاضيها الطبيعي. ويتعين بالتالي أن تحكمها قواعد موحدة لا تقتض في النظر ثلغها فيما بينها^(١).

المطلب الثالث

سلطة الإدارة في إنشاء وتسيير المرافق العامة

٢٠٣- تتدخل الإدارة لإشباع مصالح مواطنيها من خلال المرافق العامة التي تنشئها وتبسط إشرافها عليها. وتتعدد هذه المرافق في صور نشاطها والأغراض التي تستهدفها وتظل المرافق العامة مع تعددها وتباين صور نشاطها، واختلافها في أهدافها، محكومة بذات القواعد التي تفصل جوهر أحكامها سواء تعلق الأمر بمفهوم المرفق العام، أم بالعقود التي يدخل المرفق فيها لتحقيق الأغراض التي يقوم عليها، أو بالقواعد التي تنظم شئون العاملين فيها. وفي تفصيل ذلك:

الفرع الأول

المرافق العامة من حيث ماهيتها

٢٠٤- من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن المرافق العامة إنما تتوخى إشباع أغراض بذواتها تقتضيها خصائص نشاطها التي تقدر معها الجهة التي أنشأتها -سواء أكان تقديرها صائباً أو مخطئاً- أن أشخاص القانون الخاص لا يكونون على مباشرة الأعمال التي تنهض بها، أو ينفرون منها، أو قد يديرونها وفق نظم لا تلائمها. ومن ثم تقرر هذه الجهة -وهي بالضرورة من أشخاص القانون العام- تنظيمها بما يكتل سريان نظام قانوني خاص عليها، سواء

(١) للقضية رقم ٢٢٤ لسنة ١ قضائية دستورية -جلسة ٢٠٠٠/٩/٩- قاعدة رقم ٨٣ -ص ٧٢١ - ٧٢٢ من

المجلد الأول من الجزء التاسع.

ويلاحظ أن النص الذي أخرج هذه المنزعات من اختصاص محاكم مجلس الدولة، هو نص المادة الأولى من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٨٣ الذي أسند الفصل فيها إلى لجنة ضبط القوات المسلحة -دون غيرها- منعقدة بهيئة قضائية.

في شأن علاقتها بالعاملين فيها؛ أو على صعيد عقودها؛ أو قواعد مسئولياتها؛ أو طرق محاسبتها، أو الجهة القضائية التي تتفرد بالفصل في منازعاتها.

وكلما تعلق الأمر بأموال هذه المرافق، فإن إدارتها تغاير أوضاع الدومين الخاص، وطوق تنظيمها. ذلك أن مالياتها تضبطها معايير جامدة تحول دون مجاوزة تقديراتها، أو استخدامها في غير الأغراض المرصودة عليها.

وما تقدم مؤداه، أن مفهوم المرفق العام، إنما يتحدد أصلاً بالنظر إلى طبيعة الأعمال التي يتولاها la notion matérielle، سواء أكان الانتفاع بها حقاً للمواطنين في مجموعهم، أم كان مقصوراً على بعضهم.

ويفترض وجود هذا المرفق، عدداً من العناصر، أرجحها أن الأعمال التي ينهض المرفق بها، ينبغي أن تتصل جميعها - من جهة غايتها - بالمصلحة العامة؛ وأن يكون إشباعها مكسولاً أصلاً من خلال وسائل القانون العام les procédés de droit public؛ ومقتضياً تدخلاً من أحد أشخاص هذا القانون، سواء قام عليها ابتداءً، أو عهد بها إلى غيره.

بيد أن شرط المصلحة العامة، وإن كان كامناً في فكرة المرفق العام، ويعتبر مفترضاً أولياً لوجوده، إلا أن هذا الشرط ليس كافياً. ذلك أن المشروع قد يكون اقتصادياً متوخياً إشباع أغراض لها صلة وتقى بهذه المصلحة، ولا يعتبر مع هذا مرفقاً عاماً. وإنما يكون المشروع كذلك إذا استهدفها، وكان تحقيقها قد تم من خلال تدخل أحد أشخاص القانون العام إيجابياً في الشؤون التي يقوم عليها، وليس لازماً أن يكون هذا التدخل عن طريق الاستغلال المباشر.

وإعمال هذه العناصر على ضوء القضاء المقارن، يؤكد لطراذه على أن الأعمال التي تنفذ اتصالها بالمصلحة العامة Etrangée à l'intérêt public وكذلك تلك التي تكون ربحيتها le but lucratif غرضاً مقصوداً أصلاً من مباشرتها، لا تعتبر مرفقاً عاماً؛ على تقدير أن هذه المرافق لا تباشر نشاطها أصلاً إلا من خلال خضوعها لقواعد القانون العام.

وحتى عند من يقولون بأن هذا القانون ليس بالضرورة قانون هذه المرافق، وأن من الأفضل التركيز على لجوئها إلى وسائل القانون العام فيما تتولاه من الأعمال؛ فإن إدارة أموال الدومين الخاص la gestion domaniales تظل نائية بطبيعتها عن مفهوم المرفق العام، بالنظر إلى أن هذه

الأموال مشبهة -في خصائصها ونظامها القانوني- بالملكية الخاصة، وأن إدارتها لا تتم أصلاً إلا بوسائل القانون الخاص التي تلائم أغراض استخدامها واستثمارها.

وما تقدم مؤداه، أن المرفق العام لا يكون كذلك إلا بالنظر إلى موضوع الأعمال التي يبشرها l'objet de service؛ ومردودها Rentabilité؛ ونظم إدارتها Fonctionnement، وأن ما يعتبر معياراً مادياً لهذا المرفق le sens matériel ou objectif إنما يتصل بطبيعة الأعمال التي يؤديها، ولا يجوز بالتالي أن يختلط بالجهة التي تقوم على إدارتها le sens organique ou formel فقد تكون شخصاً عاماً، أو يعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص^(١).

الفرع الثاني

سلطة المرافق العامة في توقيف الحجز الإداري

لاقتضاء حقوقها

٢٠٥- تتوخى القواعد التي تضمنها قانون الحجز الإداري، أن تكون بيد أشخاص القانون العام وسائل ميسرة تمكنها من تحصيل حقوقها -على الأخص تلك التي تقابل أعمالاً بذلتها أو تدابير اتخذتها- فلا ينقيد اقتضاؤها جبراً عن مدينتها بالقواعد التي فصلها قانون المرافعات المدنية والتجارية في شأن التنفيذ الجبري. وإما تعتبر استثناء منها، وامتيازاً مقررراً لصالحها يجعلها دائماً في مركز المدعى عليه. ذلك أن قرار جهة الإدارة بإسناد ديون تدعيها إلى آخرين، يفيد أن قولها بوجودها وتحديد لها لمقدارها، يعتبر سنداً تنفيدياً بها، يخفيها عن اللجوء إلى القضاء لإثباتها.

فلا يبقى مركزها مساوياً لمركز مدينتها، بل يكون قرارها بالحقوق التي تطالبها منهم، سابقاً على التكاليف عليها من جهتها Du privilège préalable، ونافلاً إليهم مهمة نفيتها.

وتقتضى الطبيعة الاستثنائية لقواعد الحجز الإداري، أن يكون نطاق تطبيقها مرتبطاً بأهدافها، ومتصلاً بتسيير جهة الإدارة لمرافقها.

(١) دستورية عليا -ال قضية رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية دستورية- جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ -مساعدة رقم ٩٨- ص

١٣١١ و ١٣١٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

فلا يجوز نقل هذه القواعد إلى غير مجالها، ولا إلزامها ثوباً مجافياً لحقيقتها، وعلى الأخص بالنظر إلى أن الدينون التي تدعيها تعامل بافتراض ثبوتها في حق من تراهم مستترمين بها أو مسئولين عنها.

وإذا جاز هذا الافتراض في شأن ديون تطلبها جهة الإدارة لنفسها، وتقتضيها بوسائل استثنائية في طبيعتها، تجاوز بها ما يكون مألوفاً من صور التعامل في علائق الأفراد بعضهم ببعض، إلا أن بسطها وتقرير مريأتها في شأن ما ينشأ عن العمليات المصرفية التي تباشرها البنوك من ديون تدعيها قبل عملاتها - الأصل فيها التحوط لأجلتها، وثبوتها وتوثيقها، وكفاؤ أطرافها في مجال إثباتها ونفيها - مودة إلحاق نشاطها - في هذا النطاق - بالأعمال التي ينهض عليها المرفق العام، واعتبارها من جنسها. وإخضاع تحصيل الدينون التي تطلبها من عملاتها - ودون مقتض - لقواعد تتلقى بصرامتها، مرونة عملياتها وتجارياتها، ولطمئنان عملاتها إليها فيما يحصلون عليه من ائتمان منها.

ذلك أن الأعمال التي تقوم عليها البنوك بوجه عام، تعبر جميعها من قبيل الأعمال المصرفية التي تعتمد أصلاً على تنمية الادخار والاستثمار، وتقديم خدماتها الائتمانية لمن يطلبها.

وأعمالها هذه - بالنظر إلى طبيعتها - تخضعها لقواعد القانون الخاص. وهي تباشرها بوسائل هذا القانون، ولو كان رأس مالها مملوكاً - كلياً أو جزئياً - للدولة.

إذ لا صلة بين الجهة التي تملك أموالها، وموضوع نشاطها؛ ولا بطرائقها - في تسييره. وليس من شأن هذه الملكية أن تحيل نشاطها عملاً إدارياً، أو منفصلاً عن ربحيتها باعتبارها - عرضاً نهائياً لتفجاء، بل هو مطلبها من تنظيمها لأعمالها وتوجيهها لها^(١).

الفرع الثالث

جواز الحجز على أموال المرافق العامة

٢٠٦ - تعتبر أموال المدين جميعها ضماناً للوفاء بدينه. ولادائنون متكافئون في هذا الضمان، إلا أن من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون. وللدائن بالتالي أن يتخذ في شأن أموال مدينه، الطرق التحفظية والتنفيذية اللازمة لاقتضاء حقوقه منها. ولئن كان المشرع قد جرى أحياناً

(١) الحكم السابق من ١٣١٣ - ١٣١٤ من الحكم السابق.

على استثناء بعض الأموال من الحجز عليها، كتفريده عدم جواز الحجز على أدوات المرفق العام اللازمة لسيره لزوماً حتمياً، إلا أن هذا الاستثناء يظل منحصرأ في دائرته الضيقة، ومقيداً بدوافعه.

ولا يجوز بالتالى أن يمتد إلى غير الأموال التى تعلق بها، ولو كانت الاعتبارات التى وجهته فى حالة بذلتها، متوافرة فى حالة أخرى لا نص عليها.

إذ كان ما تقدم، وكان المشرع -تقديراً منه لأهمية دور بعض الهيئات ذات النفع فى مجال رعاية النشء وتنمية ملكاته، وتأهيله للنهوض بمسئوليته، وتحمل تبعاتها فى سبيل الارتقاء بأمته ودعم مكانتها فى أكثر الميادين أهمية- قد خول على هذه الهيئات -ومن أجل تمكينها من مباشرة أغراضها- جانباً من خصائص السلطة العامة؛ وكان الأصل فى هذه الهيئات أنها تباشر نشاطها بوصفها من أشخاص القانون الخاص، ملتزمة فى إدارتها لشئونها بوسائل هذا القانون؛ فلن سـا تمتع به من امتيازات السلطة العامة، لا يدمجها فى أشخاص القانون العام؛ ولا يجعلها جزءاً من تنظيماتها.

وما كان للمشرع ليجردها من مزاوله بعض مظاهر السلطة العامة اللازمة لمباشرة نشاطها وإلا حال بينها وبين أداء رسالتها؛ وكان المشرع قد كشف كذلك عن حقيقة هذه الهيئات فاعتبرها من الهيئات الخاصة؛ فإن أموالها -وبالضرورة- تكون من الأموال الخاصة التى يجوز -فى الأصل- الحجز عليها واقتضاء الحقوق منها.

وما قرره المشرع من أن أموال هذه الهيئات تعتبر من الأموال العامة؛ فى تطبيق أحكام قانون العقوبات، يدل لزوماً على أن أموالها لا تندرج أصلاً تحت الأموال العامة، وإنما أحققها المشرع مجازاً بها، واعتبرها حكماً جزءاً منها، فى مجال تطبيق النصوص العقابية التى فرضتها لحماية الأموال العامة، متوخياً بذلك صون أموال هذه الهيئات من العبث بها وإحكام الرقابة عليها، وبزجر المتلاعبين فيها، مع بقاءها فى غير هذا المجال- من الأموال الخاصة التى يجوز للدائن اقتضاء حقه منها، حال الامتناع عن الوفاء به اختياراً^(١).

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية "مستورية"- جلسة ٣ أبريل ١٩٩٣- قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١ وما بعدها من المجلد الثانى من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

الفرع الرابع

العقود الإدارية وصلتها بإدارة وتسيير المرافق العامة

٢٠٧- تتصل العقود الإدارية بنشاط المرافق العامة في مجال تسييرها أو تنظيمها أو تطويرها. بيد أن المحكمة الدستورية العليا، تركز على وسائل القانون العام في مجال تحديثها لفواصل التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص التي تنحل الإدارة فيها. ذلك أن الإدارة لا تبرم العقود الإدارية وفق الأوضاع ذاتها التي يرضيها المتعاقدون في عقود القانون الخاص. ولكنها تظهر في العقود الإدارية بوصفها سلطة عامة. وهي تفصح عن سلطتها هذه من خلال تضمينها العقد شروطاً استثنائية لا يألها الأفراد فيما يدخلون فيه من روابط القانون الخاص، تقديرًا بأن هذه الشروط هي التي تؤكد بها جهة الإدارة انتهاجها لوسائل القانون العام التي تبلور بذواتها خصائص السلطة العامة وتميزاتها، فلا يتكافأ مركزها -بعد اللجوء إليها- مع المتعاقدين معها^(١).

٢٠٨- وتردد المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى بقولها بأن الأصل في العقود هو طبيعتها المدنية التي لا يجوز الخروج عليها إلا في الأحوال الاستثنائية التي تفصح بها جهة الإدارة عن نيّتها في انتهاج وسائل القانون العام في شأن العقود التي تبرمها، وعلى الأخص من خلال امتيازاتها التي تباشرها قبل المتعاقد معها، أو عن طريق تخويلها هذا المتعاقد جانباً من سلطاتها لاستخدامها في تسيير وتنظيم مرافق عام كان ينبغي أن تقوم أصلاً عليه.

فلا تكون هذه الوسائل الاستثنائية في طبيعتها، إلا تعبيراً عن خصائص السلطة العامة التي لا تتكافأ معها في العقود مصالح أطرافها، بل تكون المصلحة العامة منغلها وغايتها، وبها ترجح الحقوق التي تقارنها أو تتصل بها، على ما سواها^(٢).

(١) "دستورية عليا" قضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "تتزعج" -جلسة ٧ يونيو ١٩٩٢- قاعدة رقم ١٤-ص ١٥١٣ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" قضية رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية "تتزعج" -جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧- قاعدة رقم ١٥-ص ١٥٢١ من الجزء الثامن.

الفرع الخامس

عمال المرافق العامة

أولاً:

ضوابط شغل الوظيفة و ضماناتها

٢٠٩- يعتبر الحق في العمل مدخلاً إلى تولى الوظيفة. ومن ثم حرص الدستور على ضمان هذا الحق باعتباره وثيق للصلة بالحق في الحياة، وبضرورة صون الحرية الشخصية من القيود التي ترهقها دون مقتض؛ وبكامل الشخصية وتناميها؛ وبالحق الخلقي التي يقوم عليها التضامن الاجتماعي، وبحق الناس جميعهم في تطوير الجماعة التي يعاشونها وإثراء ملامحها.

ولا يجوز بالتالي التمييز في مجال شروط مباشرة العمل إلا وفق الضرورة التي تقتضيها الضوابط الموضوعية اللازمة لتنظيمه، وعلى الأخص ما اتصل منها بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها، وما يحيطها من عناصر بيئتها. ذلك أن شروط أداء العمل، لا يجوز انتزاعها من محيطها، ولا تحريفها عن أهدافها.

واعتبار العمل حقاً وفقاً لنص المادة ١٣ من الدستور، مؤداه أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، بها ينهض سويًا على قدميه، ولا يتصور وجوده في غيبتها.

ومن ثم لا تتعزل هذه الشروط عن الحق الذي نشأ مرتبطاً بها، مكتملاً وجوداً بتحقيقها، وهي بعد شروط موضوعية يعتد بها في تقدير أجر العمل، وكذلك في تحديد الأحق بالحصول على المزايا التي يربتها، وأشكال حمايتها، ووسائل اقتضاها^(١).

ويعتبر من مزايا العمل ومساوئ تعلق بشاغل مباشره مرفق عام، أم كان واقعاً في منطقة القانون الخاص، ما نقيمه بعض الجهات لموظفيها أو عمالها من مساكن وأيوان إليها، كي توفر بها ظروفًا أفضل لأداء ما فيط بهم من أعمال.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ - ص

فلا يشغلها هؤلاء بعد لاقطاع صلتهم بجهة عملهم، وزوال حقهم فى الأجر. وإنما يكون لها أن تتسلمها منهم، حتى توفرها لعمال آخرين ينهضون بالأعمال ذاتها أو بغيرها، فلا تتعثر خطأها.

وما ذلك إلا استصحاباً لأصل مقرر فى شأن روابط العمل مؤداة أنها غير مؤبدة بطبيعتها، وأن مالها بالتالى إلى زوال، إما باستكمال الأعمال موضوعها، أو بانتهاء المدة المحددة لإتمامها.

فلا تبقى بعد انتهاء رابطة العمل الحقوق التى أنتجتها، ولا المزايا التى كفلتها، ويندرج تحتها أماكن دبرتها جهة العمل لممكنى عمالها، فلا يستقيم بقاؤهم فيها بعد انتهاء عملهم.

ذلك أن انتهاء عقد العمل يفيد بالضرورة انقضاء الحق فى الأجر بكل العناصر التى يشتمل عليها، والتى يندرج تحتها تخصيص جهة العمل مساكن لعمالها، بما يحول دون احتفاظهم بها بعد انتهاء خدمتهم. لا تمييز بينهم فى ذلك، إذ تنتظمهم جميعاً القواعد ذاتها والأسس عينها، فلا تتباين تطبيقاتها، بل تتحد ضوابطها^(١).

ثانياً

بين الترقية بالاختيار والترقية بالأقدمية

٢١٠- كذلك، فإن الأصل أن يكون لكل وظيفة حقوقها وواجباتها، فلا تقابل مزاياها بغير مسؤوليتها، ولا يكون وصفها وترتيبها، منفصلاً عن متطلباتها التى تكفل للمرافق حيويتها ولطواد تقدمها، وقابلية نظمها للتعديل وفق أسس علمية قولها للتخطيط المرن وحرية التعبير.

فلا تتعثر أعمال الوحدة الاقتصادية أو الإدارية أو نقد اتصال حلقاتها ببعض، أو تتركها فيما بينها.

بما مؤداة أن لكل وظيفة تبعاتها، فلا يشغلها إلا من يستحقها على ضوء طبيعة الأعمال التى تكفل فيها، والمهارة والخبرة اللازمة لها.

(١) دستورىة عليا - القضية رقم ٩٥ لسنة ١٨ ق دستورية - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٠ - ص ٨٩٥ - ٨٩٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ولا يجوز بالتالى أن يكون التعيين فى وظيفة بذاتها، أو الترقية منها إلى ما يعلوها، مجرد تطبيق حرفى لمقاييس صماء، لا تأخذ فى اعتبارها خصائص كل وظيفة ومرتبعتها، والحد الأدنى للتأهيل لها، وغير ذلك من مقوماتها الموضوعية^(١).

وتمثل الترقية بالاختبار فى مفاهيم الدول المتحضرة، انحيازاً إلى الأصلح والأكثر عطاء.

ومن ثم تعتبر أسلوباً ملائماً لتولى مهام أعمال بعينها، تكون بالنظر إلى أهميتها وموقعها من الهيكل التنظيمى للوحدة الاقتصادية أو الإدارية، مؤثرة إلى حد كبير فى نشاطها، وتحقيق الأغراض التى تقوم عليها.

ولا يجوز بالتالى أن يعهد بهذه الأعمال لغير من يؤدونها بحققها من خلال جهد خلاق يتفاعل مع مسئولياتها؛ ويقابل بالتحليل الموضوعى ما يطرأ فى العمل من مشكلاتها.

وعلى سلطة التعيين أن تفاضل بين المترشحين على وظيفة بعينها، على ضوء أصلحهم للنهوض بها وفق ملكاتهم العقلية والذاتية والخلقية؛ وبافتراض أنهم لا يتحدون فى كفاياتهم لتوليها؛ وأن لبعضهم من عناصر الامتياز والتفوق ما يرجحهم على غيرهم؛ وأن تقدير هذه العناصر لتحديد من يكون من بينهم أجدر بها، وأحق بالتعيين أو الترقية إليها، عملية موضوعية لا تصدر فيها الجهة التى تتولاها عن أهوائها. بل عليها أن تزن عناصر التقييم جميعها بميزان الحق والعدل، وعلى ضوء نظرة واقعية ترتبط بخصائص الوظيفة ومتطلباتها، وإلا كان قرارها مشوباً بإساءة استعمال السلطة^(٢).

ولا كذلك أن تكون الترقية بالأقدمية التى لا يعتد فيها بغير مدة الخدمة الفعلية - لا الفرضية - التى قضاها العامل قائماً بأعباء عمله أو وظيفته. ذلك إنها تتلخص بطبيعتها الترقية بالاختبار.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٥/٣/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣١ - ص ٥٠٠ - ٥٠٢ من الجزء الثامن.

(٢) ص ٥٠٢ - ٥٠٣ من الحكم السابق.

وعايتها ألا يتقدم من كان طارئاً على الوظيفة، على من نهض بأعبائها قبله، وعلى تقديمه أن من باشر العمل فعلاً، أولى بالنظر ممن اعتبر قائماً به حكماً، وبمراعاة أن تقديم زميل على آخر لأقدميته، إنما يكون في وظيفة من الدرجة نفسها في الجهة ذاتها^(١).

ثالثاً

ملاحقة القائمين بالعمل العام من خلال الإدعاء المباشر

٢١١- ينص البند ثانياً من الفقرة ٣/ من المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه لا يجوز للمدعى بالحقوق المدنية أن يرفع الدعوى إلى المحكمة عن طريق تكليفه لخصمه مباشرة بالحضور أمامها إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف أو مستخدم عام، أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ما لم تكن من الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات^(٢).

ويعتبر البند ثانياً استثناء من الحق المقرر لكل شخص في أن يقيم نفسه مدعياً بالحقوق المدنية طلباً للتعويض عن الضرر المباشر الناشئ عن الجريمة. وإذا كانت المدعية في الخصومة الدستورية تتوخى أن تلاحق موظفاً من خلال الإدعاء المباشر - عن جريمة ارتكبها أثناء تأدية وظيفته لتعويضها عن الأضرار المباشرة التي ألحقها هذه الجريمة بها، وكانت محكمة الموضوع قد قدرت جدياً دفعها بعدم دستورية هذا البند باعتباره حائلاً بينها وبين اقتضاء الحقوق التي تطالبها في النزاع الموضوعي، وكانت المدعية قد قررت في منماها على ذلك البند، أنه صادر -غير مبرر- حق الناس في ملاحقة الجناة أمام القضاء بما أضفاه من حصانة على الموظفين والمستخدمين ورجال الضبط. وهم فئة بعينها قصد أن يعطل مساعلتهم قضائياً عن الجرائم التي حددها، دون أن يستند في ذلك لغير صفاتهم، متذرعاً بوقوع جرائمهم هذه أثناء تأديتهم لوظائفهم

(١) "دستورية عليا" للقضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ٩ مايو ١٩٩٨- كساعة رقم ٩٧ ص ١٢٩٠ - ١٢٩٣ من الجزء الثامن.

(٢) تناقب المادة ١٢٣ من قانون العقوبات كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الأوامر الصادرة من الحكومة، أو تأخير تحصيل الأموال والرسوم، أو وقف تنفيذ حكم أو قرار صادر من المحكمة. وكذلك إذا امتنع عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر.

أو بسببها؛ إلا أن منعها ذلك لم يحظ بقبول من المحكمة الدستورية العليا التي خلص حكمها في دعواها إلى رفضها، مستندا في ذلك إلى ما يأتي:

أولاً: أن ما تنص عليه المادة ٧٠ من الدستور من أن الدعوى الجنائية لا تقام إلا بأمر من جهة قضائية فيما عدا الأحوال التي يحددها القانون؛ يعني أن الادعاء المباشر ليس استصحاباً للأصل في الدعوى الجنائية؛ وإنما هو استثناء من قواعد تحريكها، تقديراً بأن النيابة العامة -على ما تنص عليه المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية- هي التي تختص دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون.

كذلك فإن تفويض الدستور السلطة التشريعية في تحديد الأحوال التي لا تقام الدعوى الجنائية فيها بأمر من جهة قضائية، مؤداه جواز تضييقها لنطاق الحق في الادعاء المباشر وفق شروط موضوعية لا يناقض تطبيقها حكماً في الدستور.

ثانياً: وازن المشرع -في نطاق الحق في الادعاء المباشر- بين أمرين، أولهما: الضرورة التي يقتضيها استعمال هذا الحق في إطار الأغراض التي شرع لها (١)؛ وثانيهما: الأضرار التي ينبغي توقيها إذا نقض هذا الاستعمال تلك الأغراض وتكبتها؛ فرجح ثانيهما على أولهما، تقديراً بأن الأضرار التي ترتبط بإساءة استعمال الحق في الادعاء المباشر، يكون دفعها أولى؛ ولا يجوز بالتالي أن تتقدمها مزاياء.

ذلك أن القائمين بالعمل العام -الذين حال المشرع دون أن يكلفهم المدعى بالحقوق المدنية بالحضور مباشرة أمام المحكمة الجنائية- لا يباشرون أعمال وظائفهم بعيداً عن مصالح المواطنين الذين يلجون أبوابهم لقضاء حوائجهم. بل يتردد موقفهم من طلباتهم بين تلبية أو معارضتها بحق؛ مما يثير غرائز النفس البشرية ونزواتها التي كثيراً ما تجتغ مع سوء ظنها إلى التجريح ناباً عن موازين الحق والعدل، فلا يكون شططها وضيقها بالقائمين على العمل العام إلا تجنياً وانتراء، يفتقر -في الأعم- بالتناول عليهم للحظ من قدرهم، ونيلاً من اعتبارهم؛ لتسهن عزائمهم فلا يثابرون على أعمالهم بالهمة الكافية، وإنما يقصرون فيها قعوداً عنها، أو يتصلون منها نكولاً عن

(١) الحق في الادعاء المباشر - طريق رسمه القانون لمواجهة نخلي النيابة العامة أو نقاصها عن رفع الدعوى الجنائية، نوع مقتضى - هو بذلك نوع من الرقابة على تصرفاتها.

مسئوليتها، ووجلا من محاسبتهن بسببها، مما يصرفهم عن الأداء الأقوم لها، لاسيما وأن المشرع قد اختصهم بجرائم قصرها عليهم، وغلظ عقوباتها في شأنهم حملاً لهم على القيام بواجباتهم فسي الصورة الأنق لها.

ولا يجوز بالتالى أن ينفرد اطمئنانهم إذا كان لكل مدع بالحقوق المدنية أن يلاحقهم جنائياً عن جرائم يتهمهم بارتكابها، ولو تعذر الدليل عليها أو كان متخاذلاً، متدنراً زيفاً بردها الحق، ليقرض بذلك سكينتهم ما بقى الاتهام الجنائى مسلطاً عليهم، موهداً عزائمهم، ملقياً عليهم ظلالاً من المشبه التى تتل من سمعتهن.

وكان على المشرع بالتالى أن يرد عنهم النص المطعون فيه- غائلة عنوان أكثر احتمالاً وأدنى إلى الوقوع، ضمناً لأن يتقيد الحق فى الادعاء المباشر، بالأغراض التى شرع من أجلها، فلا ينقلب عليها^(١).

ثالثاً: أن إسقاط الحق فى الادعاء المباشر فى الحدود التى يبينها النص المطعون فيه، لا يتوخى حماية للقائم بالعمل العام، بل صون الوظيفة العامة مما يعطل أو يحد من جريان شؤونها وانتظامها بما يحق أحدها، فلا يعرقل تكليفها قيد ينافى واجباتها..

رابعاً: أن الدعوى الجنائية لا يحركها الادعاء المباشر إلا طلباً لحقوق مدنية بطبيعتها. والأصل أن ترفعها عند إنكاره فى جرائم بنواتها، الجهة التى تختص بها أصلاً، شأن الجرائم التى يرتكبها القائمون بالعمل العام أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها فى ذلك شأن غيرها من الجرائم.

وهو ما يعنى أن هؤلاء لن يفلتوا من المسؤولية الجنائية عن أفعالهم التى أشمها المشرع، بلى تنزل محاسبتهن عنها -إذا قام الدليل عليها- حقاً للزبابة العامة فى إطار اختصاصاتها الأصلية.

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر فى القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٨/٤/١٩٩٢- قاعده رقم ٣٠- ص ٢٦٢ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، من أن الدستور لم يخلو حق الادعاء المباشر إلا فى حالة بذاتها هى التى يقوم فيها المحكوم له بطلب التمييز المنعنى عن جريمة الامتناع عن تنفيذ حكم قضائى أو تعطيل تنفيذه -هى الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٧٢ من الدستور- وفيما عدا هذه الحالة، فقد فرض الدستور -نص المادة ٧٠ منه- المشرع فى تحديد الأحوال التى تقام فيها الدعوى الجنائية عن غير طريق الجهة القضائية. ويندرج تحتها الحق فى الادعاء المباشر.

خامساً: أن حظر الادعاء المباشر في الجرائم المشار إليها في البند ثانياً من الفقرة ٣/ من المادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية، لم يقصد إلى إفراد المتهمين بارتكابها بمعاملة استثنائية يعلون بها على غيرهم؛ ولا أن يمنحهم ميزة يؤثر بها على سواهم من المتهمين.

بل تنفياً هذا الحظر ضمان الأداء الاقوم للعمل العام، وأن يكون الطريق إليه غير محاط بعوائق تحول دونه، أو تدعو إلى التردد في القيام به توقيفاً للمسؤولية عنه. فلا ينال من حسن أدائه، متخرسون يعطلون سيره إلكاً. وإن حظر للمشرع في الجرائم التي عيّن بها، الحق في الإدعاء المباشر على ضوئه ما تقدم، فإن هذا الحظر يكون قائماً على أسس موضوعية تنظم المخطابين به، وبما لا إخلال فيه بتساويهم أمام القانون^(١).

رابعاً

حق العامل في أجازة سنوية

٢١٢- أن ما تنفاه المشرع من ضمان حق العامل في أجازة سنوية بالشروط التي حددها، هو أن يستفيد العامل من خلالها قراءه المالية والمعنوية.

ولا يجوز بالتالي أن ينزل العامل عنها، ولو كان هذا النزول ضمنياً بالامتناع عن طلبها.

وهو ما تردد بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٣ من قانون العمل التي يدل حكمها على أن هذه الأجازة فريضة اقتضاها المشرع من كل من العامل ورب العمل، فلا يملك أيهما إدارها، ولا أن يدعى العامل أنه بالخيار بين طلبها أو تركها؛ وإلا كان التخلي عنها إنهاكاً لقواه، وتبيداً لطاقتها مؤنثاً بوهنها ثم اندثارها؛ وإضراراً بمصلحة العمل ذاتها التي يتعذر صونها مع الاستمرار فيه دون انقطاع.

وهو ما يعني أن الحق في الأجازة السنوية يتصل بقيمة العمل وجدواه؛ وينعكس بالضرورة على كيان الجماعة، ويمس مصالحها العليا صونها لقوتها الإنتاجية للبشرية.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/١/٤ - قاعدة رقم ١٦ - ص ٢٣٥ وما بعدها من الجزء الثامن.

ولا يعتبر طلب العامل أجازته السنوية، منشأ الحق فيها، ولا تخليه عنها مسقطا لهذا الحق. فليس للعامل خيار في أن يفيد منها أو يحرض عنها، ذلك أن نص القانون مصدر مباشر لها، ويهبط بالتالي كل اتفاق على خلافها لخروجه على قاعدة قانونية أمر. بل إن ما يقابل الأجازة التي حصل العامل عليها، من الأجر المقرر لها، يتعين أن يكون حقا مكفولا لكل عامل، وإلا أحجم عنها.

وإن دل المشرع بالفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من قانون العمل، على أن العامل لا يجوز أن يتخذ من الأجازة السنوية "وعاء اخياريا" من خلال ترحيل مددها التي تراخى في استعمالها سرياً كان مقدارها- ثم تجميعها ليحصل العامل بعد انتهاء خدمته على ما يقابلها من الأجر؛ وكان ضمان المشرع لمصلحة العمل ذاتها، قد اقتضاه أن يرد على العامل سوء قصده، فلم يجز أن يحصل على أجر عن هذا الرصيد، إلا عن مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر؛ وهي بعد مدة قرر المشوع أن قصرها يعتبر كافلا للأجازة السنوية غاياتها.

إلا أن هذه المدة التي حدد المشرع أقصاها، ينبغي أن يكون سريانها مقصورا على تلك الاجازة التي قصد العامل إلى عدم الانتفاع بها من أجل تجميعها.

فإذا كان تفويتها منسوباً إلى رب العمل؛ ومنتهى إلى الحرمان منها فيما يجاوز ثلاثة الأشهر؛ كان مسئولاً عنها بكاملها.

وجوز للعامل عندئذ أن يطلبها جملة أيا كان مقدارها، إذا كان تنفيذ ذلك عينا ممكناً؛ وإلا تعين أن يموض عنها بما يعادل - على الأقل- أجره عن كامل هذا الرصيد أيا كان مقداره؛ ذلك أن المدة التي امتد إليها الحرمان من استعمال تلك الأجازة، سببها إجراء اتخذته رب العمل، وعليه أن يتحمل تبعته.

ولئن كان الدستور قد خول السلطة التشريعية بنص المادة ١٣، تنظيم حق العمل، إلا أنها لا يجوز أن تعطل جوهرة؛ ولا أن تتخذ من حمايتها للعامل موطئاً لإهدار حقوق يملكها، وعلى الأخص تلك التي تنصل بالأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها؛ ويندرج تحتها الحق في الأجازة السنوية التي لا يجوز لجهة العمل أن تحجبها عن عامل يستحقها؛ وإلا كان ذلك منها عدواناً على سلامته صحياً ونفسياً؛ وإخلالاً بأحد التزاماتها للجوهرية التي يعتبر نص القانون مصدراً مباشراً

لها، والتي لا يجوز كذلك للعامل أن يسقطها؛ واستتارا بتنظيم حق العمل للحد من مضاءه؛ وكان نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٥ من قانون العمل، لا يخصص للعامل بأن يضم من مدد الأجـازة السنوية التي قام بتجميعها ما يزيد عن ثلاثة شهور، حماية منها للعامل حتى لا يبدد قواه؛ وكان أكثر ما يهدد العامل أن تتنزع جهة العمل بواجبها في تنظيمه لتحول دون حصول العامل على أجازة يستحقها؛ فإن حرمانها العامل منها -وفيما يجاوز الأشهر الثلاثة التي حددتها الفقرة المطعون عليها- يعتبر تقويتا لحق العامل فيما يقابلها من تعويض يتحدد مداه بقدر الأضرار التي رتبها هذا الحرمان -المادية منها والمعنوية- وبمراعاة أن الحق في هذا التعويض من الحقوق الشخصية التي تكفلها المادتان ٣٢ و ٣٤ من الدستور اللتان جرى قضاء هذه المحكمة على اتساعها للأموال بوجه عام، وانصرافها بالتالي إلى الحقوق الشخصية والعينية جميعها، وكذلك إلى حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

خامسا

حق الجمع بين الأجر والمعاش^(١)

٢١٣ - تؤسس المحكمة الدستورية العليا هذه القاعدة على دعامتين:

لولاها: أن العمل، ليس ترفا ولا يمنح تفضلا، وما نص عليه الدستور في الفقرة الأولى من المادة ١٣ من اعتبار العمل حقا، مؤداه ألا يكون تنظيم هذا الحق مناقضا لفعواه، وأن يكون فوق هذا اختيارا حرا، والطريق إليه محددا وفق شروط موضوعية مناطها ما يكون لازما لإنجازه.

وقد شرط الدستور -بالفقرة الثانية من المادة ١٣- اقتضاء الأجر العادل حتى في الأحوال التي يفرض العمل فيها جبرا على العامل؛ وكان الإسهام في الحياة العامة قد غدا واجبا وطنيا وفقا لنص المادة ٦٢ من الدستور؛ وكان على الجماعة كذلك -وعلا بنص المادة ١٢ من الدستور- أن تعمل على التمكين لقيمها الخلقية والوطنية وفق مستوياتها الرفيعة؛ فإن الوفاء بالأجر عن عمل

(١) القضية رقم ٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٧/٦/٧- قاعدة رقم ٤٣- ص ٦٥٣ وما بعدها من الجزء الثامن، والقضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ١٥- ص ١٠٣ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

تم أدائه في نطاق رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية لربط طرفاها بها، وحدد الأجر من خلالها، يكون بالضرورة أولى بحماية الدستور وأجدر.

ثانيهما: أن الدستور وإن كفل للمشرع -نص المادة ١٢٢- الاختصاص بتقرير القواعد القانونية التي توفر للمواطنين احتياجاتهم الضرورية التي يتحررون بها من العوز، وينسحبون معها بمسئوليتهم قبل أسرهم، بما في ذلك قواعد تحديد مرتباتهم ومعاشاتهم وتعويضاتهم وإعاناتهم ومكافآتهم، مع بيان أحوال الاستثناء منها، والجهات التي تتولى تطبيقها؛ إلا أن التنظيم التشريعي للحقوق التي كفلها المشرع في هذا النطاق، يكون مجافيا أحكام الدستور، إذا تناول هذه الحقوق بما يهدرها، بما في ذلك الحق في معاشاتهم التي توافر أصل استحقاقها. ذلك أن حرمانهم منها ينافي بتقيد الجهة التي تقرر عليها بها.

وهو ما تؤكد قوانين التأمين الاجتماعي على تعاقبها. إذ يبين منها أن المعاش الذي توافر بالتطبيق لأحكامها شروط اقتضائه عند انتهاء خدمة المؤمن عليه وفقا للنظم المعمول بها، يعتبر التزاما ترتب بنص القانون في ذمة الجهة المدينة.

وإذا كان الدستور قد خطا بملأه السابعة عشرة خطوة أبعد في اتجاه دعم التأمين الاجتماعي، حين ناط بالدولة أن تكفل لمواطنيها خدماتهم للتأمينية -الاجتماعية منها والصحية- بما في ذلك تقرير معاش لمواجهة بطالتهم أو عجزهم عن العمل أو شيخوختهم في الحدود التي يبينها القانون؛ فذلك لأن مظلة التأمين الاجتماعي -التي يمتد نطاقها إلى الأشخاص المشمولين بها- هي التي تكفل معاملتهم -وكحد أدنى- بصورة إنسانية لا تمتن فيها أدميتهم وبما يفسر كذلك لحيثيتهم الشخصية مناخها للملائم، ويصلهم بالحق في الحياة من خلال تدفق روافدها.

وعلى ضوء ما تقدم، لا يجوز أن يكون حق المتقاعدين في معاشاتهم التي قام الدليل على استحقاقهم لها، نائيا لحقهم في الأجر عن أعمال جديدة دخلوا فيها بعد تقاعدهم، ذلك أن اجتماع هذين الحقين ليس فقط متصورا، بل هو كذلك ضرورة قانونية بالنظر إلى اختلافهما مصدرا وسببا.

فبينما يعتبر نص القانون مصدرا مباشرا للحق في المعاش؛ فإن الحق في الأجر يترك في مصدره المباشر إلى ذات رابطة العمل الجديدة.

كذلك يقوم الحق في المعيش -وفقا للقواعد التي تقرر بموجبها، وتحدد مقداره على ضوءها، عن مدد خدمة أمضاها أصحابها في الجهة التي كانوا يعملون بها، وأورا عنها حصصهم في التأمين الاجتماعي.

ولا كذلك الأجور التي يستحقونها من الجهة الجديدة التي تعاقبوا معها على العمل بها. ذلك أن هذه الأجور تقابل جهدهم المشروع فيها، وهي كذلك باعثهم إلى التعاقد معها. فلا يكون أداء العمل بها غير مصدر للحق في اقتضاء هذه الأجور.

ولا يجوز القول كذلك بأن المشرع عامل الأجر باعتباره بديلا عن المعاش. ذلك أن الالتزام لا يكون بديلا إلا إذا قام المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي. وهو بذلك يفترض مدينا واحدا تقرر البديل لمصلحته، وتبرأ نمته إذا أداه بدل المحل الأصلي.

ولا كذلك اجتماع المعاش والأجر؛ ذلك أن الالتزام بهما لا ينشأ في نمدة مدين واحد. ولا يقوم ثانيهما مقام أولهما.

فضلا عن اختلافهما مصدرا؛ ومن ثم ينحل العدوان على أيهما إخلالا بالملكية الخاصة التي كفل الدستور أصل الحق فيها.

سادسا

مرافقة أحد الزوجين للآخر^(١)

٢١٤- كان نص المادة ٨٩ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات، يقضي بما يأتي:

"مع مراعاة حسن سير العمل في القسم وفي الكلية أو المعهد، يجوز الترخيص لعضو هيئة التدريس في إجازة خاصة بدون مرتب، لمرافقة الزوج المرخص له في السفر إلى الخارج لمدة سنة على الأقل. ويكون الترخيص بقرار من رئيس الجامعة بناء على طلب عميد الكلية أو المعهد بعد أخذ رأي مجلس القسم المختص".

(١) "تسوية عليا" -القضية رقم ٢٢ لسنة ١٥ قضائية "تسوية" - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقم ١٧- ص ٢٩٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وقد طلب أستاذ بجامعة المنوفية، الترخيص له بالسفر لمرافقة زوجته المتعاقدة بالسعودية، إلا أن رئيس هذه الجامعة، رفض منحه هذا الترخيص بناء على السلطة التقديرية التي يملكها وفقا لنص المادة ٨٩ المشار إليها.

فدفع للزوج بعدم دستوريته أمام قاضى الموضوع، ثم أقام دعواه الدستورية بعد تقدير جدية دفعه فى النزاع الموضوعى.

وقد خلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية المادة ٨٩ المشار إليها تأسيسا من جهتها على دعامتين:

أولاهما: أن الزوجين -من خلال الأسرة التي كونها- يمتزجان فى وحدة يرتضيانها، يتكاملان بها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبتها متراميا على طريق نمائها، وعبر امتداد زمنها، مؤكدا حق الشريكين فيها، فى أن يتخذا من خلاصها أدق قراراتها وأوتقنها اتصالا بمصائرها، بما يصون لحياتهما الشخصية أعق أغوارها، لتظهر الحياة العائلية فى صورها الأكثر تألقا ورائعا.

وتعين بالتالى ألا يفصل الحق فى تكوين أسرة، عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها بما يكفل وحدتها، ولا يؤثر سلبا فى ترابطها أو فى القيم والتقاليد التي تنصهر فيها، والتي لا زال الدين يشكلها فى الأعم من مظاهرها، وعلى الأخص فى مجال اختيار أنماط الحياة التي يقبلها أفراد كل أسرة، ويرتضونها طريقا لتوجهاتهم بما يصون أعراضهم وعقولهم وأبدانهم وعقيدتهم مما يندل منها أو يقوضها.

ثانيتهما: أن البند الأول من المادة ٦٩ من قانون العاملين المدنيين فى الدولة، جرد الجهة الإدارية من سلطاتها التقديرية فى شأن منح الأجازة الخاصة التي يطلبها الزوج أو الزوجة إذا سافر أحدهما إلى الخارج للعمل أو الدراسة مدة ستة أشهر على الأقل، عصى ألا تجاوز هذه الأجازة مدة بقاء الزوج فى الخارج، سواء كان الزوج المصافر من العاملين فى الحكومة أو فى القطاع العلم أو الخاص.

وفيما عدا هذه الحالة التي يتعين فيها على الجهة الإدارية أن تستجيب لطلب الزوج أو الزوجة، فإن منح للعامل أجازة خاصة للأسباب التي يبيدها -على ما ينص عليه البند الثانى من

المادة ٦٩ من قانون العاملين المدنيين فى الدولة- يكون راجعا لتقدير جهة العمل. بما مؤداه أن هذا القانون وازن بوضوح بين مصلحة العامل المتزوج فى صون أسرته وبين حسن سير العمل. فلم يجز البند الأول من المادة ٦٩ من ذلك القانون تمزيق أوصال الأسرة أو تشتيتها وبعثرة جهودها وتنازع أفرادها، وعلى الأخص من خلال تفرق أبنائها بين أبوين لا يتواجدان معا، بما يترد سلبا على صحتهم النفسية والعقلية والبدنية، ويقلص الفرص الملائمة لتعليمهم، وإعدادهم لحياة لائقة.

بيد أن نص المادة ٨٩ من قانون تنظيم الجامعات -المطعون فيه-، حول الجهة الإدارية التى يتبعها عضو هيئة التدريس، سلطة تقديرية تترخص معها فى منح الإجازة الخاصة التى يطلبها هذا العضو لمرافقة زوجها أو زوجته التى لأن لأيهما بالمفر إلى الخارج؛ وكانت الأسرة التى حرص الدستور على صون وحدتها، وأقامها على الدين والخلق والوطنية، هى الأسرة المصرية بأعرافها وتقاليدها وتضامنها وتراحمها واتصال روابطها؛ فإن الحماية التى كفلها الدستور لها، لا تتحدد بالنظر إلى موقعها من البنيان الاجتماعى، ولا بطبيعة عمل أحد الأبوين أو كليهما، ولا بولاعة خضوعهما أو أحدهما لتنظيم وظيفى خاص أو عام.

بل يتعين أن يكون مفهوم الأسرة ومتطلباتها، ناتيا بها عما يقوض بنيانها، أو يؤول إلى انحلالها، وإلا كان ذلك إخلالا بوحدتها التى ينفقها انفصال أحد الزوجين عن الآخر على نحو يكون فارقا لبنيان الأسرة، نالها تلاحمها، مقبما شريعتها على غير الحق والعدل. وهو ما يتحقق بإعمال الجهة الإدارية التى يتبعها عضو هيئة التدريس لسلطانها التقديرية المخولة لها بمقتضى نص المادة ٨٩ المشار إليها.

المبحث السادس
اتصال الرقابة القضائية على الدستورية
بتطبيق قواعد القانون الدولي العام

٢١٥- وتحلق المحكمة الدستورية العليا فوق أسوار قواعد القانون الدولي العام بقصد تحديد ضوابطها، سواء في ذلك ما تعلق منها بالمعاهدات الدولية -وهي قواعد اتفاقية لوضعها الدول أطرافها- أو ما تعلق من أحكام هذه القانون بأعرافها التي تواتر عليها العمل فيما بينها، وعلى الأخص تلك التي لا يجوز تعديلها Jus Cogens.

وتزداد أهمية قواعد القانون الدولي العام، في أنها لم تعد -في صورها الأكثر شيوعا- تقتصر على مجرد تنظيم لروابط ثنائية بين عدد محدود من الدول، ولكنها اليوم تقتحم في عديد من تطبيقاتها مسائل تنسم بطبيعتها الشاملة، وبإحاطتها بمصالح عريضة تتراقف عليها الدول في مجموعها، ويتصدقها على معاهدة دولية تشرع لها أو لنضمامها إليها.

كذلك فإن التنظيم الدولي لحقوق الفرد وحرياته، لا يتخذ دائما شكل معاهدة دولية، وإنما يصدر في الأعم في شكل إعلان أو ميثاق تقره الجمعية العامة للأمم المتحدة. فلا يكون ملزما كالمعاهدة الدولية، وإن كان البعض ينظرون إلى القبول العام للقواعد التي يتضمنها الإعلان أو الميثاق باعتباره لضمما إليها في مجال العمل بها وإنفاذها، بما يرقى بها في النهاية إلى مرتبة القواعد العرفية التي تتركز في مصدرها المباشر على القبول العام بها من خلال أطراف تطبيقها، والالتصباح للأثار القانونية التي ترتبها.

ولا تزال دائرة التنظيم الدولي لحقوق الفرد وحرياته، بعيدة في مداها، بالنظر إلى اتساعها وعنايتها بحقوق طال إهمالها أو العلوان عليها. ويلدرج تحتها القواعد التي تضمنها التنظيم الدولي في شأن سيطرة الدول الانامية على مواردها الطبيعية؛ ومكافحة لشكال التمييز على اختلافها، وعلى الأخص كلما كان مرجعها تمييزا ضد المرأة؛ أو بناء على العنصر؛ أو في مجال التنظيم والاستخدام؛ أو على ضوء ما يتصل بالمعوقين من عوار خلقى أو غير. خلقى بذال من قدراتهم البدنية أو العقلية، ويجعلهم عاجزين على أن يؤمنوا بأنفسهم ما يكون ضروريا لحياتهم.

ويخطو التنظيم الدولي خطوة تقدمية في مجال مقاومة الجرائم ضد الإنسانية بما في ذلك جرائم الإبادة الجماعية والرق والعبودية والسخرة، وحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير.

وينظر التنظيم الدولي كذلك إلى الحل باعتباره قيمة عليا لا يجوز التفریط فيها، ومن ثم كان حرصه على ضمان استقلال السلطة القضائية من كل إغواء أو تهديد أو تحريض مباشر أو غير مباشر، وعلى تقرير قواعد نموذجية تكفل في حدها الأدنى معاملة ملائمة للسجناء، مع حماية الأشخاص جميعهم من صور تعذيبهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة لحملهم على الإدلاء بأقوال لا يرغبون فيها، أو الشهادة على أنفسهم بما لا يطبقون..

ويكاد التنظيم الدولي أن يحيط بحقوق الفرد وحياته بصورة شاملة تسعى في كل أشكالها، وبما يوفر تدابير فردية وجماعية لضمانها، وعلى الأخص في مجال الحرية النقابية وسياسة العمالة والزواج والأسرة، وحقوق الطفل، وعلى صعيد استئصال الجوع وسوء التغذية، وتوكيد الحق في التنمية، وتعميق أوثقها، خاصة ما يتعلق منها بالتقدم العلمي والتكنولوجي لخير البشرية. وقد يبدو غريبا أن تكون حقوق الفرد وحياته التي يتضمنها التنظيم الدولي، هي ذاتها -على الأقل في حدها الأدنى- المنصوص عليها في الدساتير الوطنية.

ولكن هذه الغرابة ينبغي أن حقوق الناس وحياتهم الجوهرية لا ترتبط بوجودهم في رقعة إقليمية بذاتها، ولا بأجناسهم، ولا بقدر ثرائهم أو حقيقة مجتمعاتهم. ذلك أنها تتصل بالأميتهم، ومردّها إلى خصائصهم التي ينفردون بها بوصفهم بشرا خلق حرا طليقا، ضاربا في الأرض دون قيود أو فواصل إقليمية.

على أن التنظيم الدولي، وإن أحاط بحقوق الفرد وحياته، إلا أن دائرته هذا التنظيم لا تتطابق مكوّناتها مع الدائرة الوطنية التي نقابلها، والتي تقع الدساتير الوطنية في نطاقها. فالتأثير المتبادل بين الدائرة الوطنية والدائرة الدولية حقيقة لا نزاع فيها، وإن صح القول بأن الحماية التي نكفلها الدساتير الوطنية لحقوق الفرد وحياته، لا تزال أقل في أشكالها وفعاليتها من تلك التي تنتهنا المواثيق والمعاهد الدولية.

المطلب الأول

المعاهدة الدولية جوهر قواعد القانون الدولي العام

٢١٦- لا تزال المعاهدات الدولية هي الصورة النموذجية والشائعة لتنظيم الدول فيما بينها لقطاع من علاقاتها الدولية. وقد واجهتها المحكمة الدستورية العليا من زاوية ماهيتها وضوابط تفسيرها وقونها، والرقابة على دستوريتها، ووحدة أحكامها وجواز تجزئتها، وإمكان الاحتفظ على بعض نصوصها، والآثار القانونية المترتبة على التوصل من تنفيذها، وصلتها بحرية التعبير وبالأعمال السياسية، مما جعل لقواعد القانون الدولي العام قيمة جوهرية في مجال تطوير الرقابة على الشرعية الدستورية من خلال ربطها بأفاق هذا القانون في تطبيقاته وأغراضه.

فلا يكون هذا القانون إلا عنصرا حيا في قضاء المحكمة الدستورية العليا، وعلى الأخص من جهة تنوع مجالاته وتطور قواعده، وملاحظتها لكل جديد في الطوم والقانون التي ترتبط بنطاق سريانها وبالمسائل التي ينظمها. وكذلك صلة هذا القانون بحقوق الفرد وحرياته.

الفرع الأول

للمعاهدة الدولية: مفهومها

٢١٧- وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، ينظر إلى عبارة المعاهدة الدولية بوصفها مصطلحا عاما Generic Term منصرفا إلى كل أشكال الاتفاق فيما بين دولتين أو أكثر، إذا كان مكتوبا، سواء في وثيقة واحدة أو في وثائق متعددة. وهي تتناول فسي موضوعها تنظيمًا لمعاملات بذواتها يقع الاتفاق عليها أيا كان نطاقها. ومن ثم يندرج تحتها ما يتصل بمفهومها من صور هذا الاتفاق على اختلافها، عهدا كان أم ميثاقا أم إعلانا أم بروتوكولا أو نظاما أو تبادلا لخطابين^(١).

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٣/٢٩ - مساعدة رقم ٢٩ - من ٥٠٩ - ٥١٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

الفرع الثاني

المعاهدة للدولية: قوتها الملزمة وضوابط تفسيرها

٢١٨- عملاً بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تعتبر مصر طرفاً فيها، تترم المعاهدة الدولية الدول أطرافها، كل في نطاق حدوده الإقليمية.

كذلك ينبغي أن نعرض أحكامها في إطار من حسن النية، وفقاً للمعنى المعتاد لعبارتها، في سياقها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة وأغراضها.

وكما نوهت المعاهدة الدولية، إجراء تسوية شاملة في شأن الحقوق التي حددتها الدولتان المتعاقدتان حتى لا يثار النزاع من جديد حولها؛ كاتفاقهما على تسوية شاملة للأضرار الناجمة عن التأميم والحراسة والإصلاح الزراعي، فإن هذه التسوية تحيط بهذه الأضرار جميعها. ولا يجوز بالتالي تطبيق بعض جوانبها دون أجزائها الأخرى. إذ ليس ذلك غير تبعض لأحكامها ينساقض تكاملها فيما بينها، ويعطل فاعلية المعاهدة، وينقض أسسها.

بل إن القول بجواز تجزئة أحكامها في هذه الصورة، إنما ينحل إلى تعديل لها لا تملكه غير الدولتين المتعاقدين، وبتراضيهما معاً^(١).

ومن المقرر كذلك وفقاً لقواعد القانون الدولي العام أن لكل دولة في علاقتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التي تؤثر بها -من خلال المعاهدة للدولية التي تكون هي طرفاً فيها- في نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها، سواء كان ذلك في إطار حق الملكية أو في مجال الحقوق الشخصية؛ وإن كانت الحقوق التي رتبها المعاهدة للدولية وكذلك التزاماتها، لا تنسرى إلا على الدول أطرافها في العلاقة فيما بينها، ولا يعتبر التنظيم الوارد بها -وإن كان مضمونه- منصرفاً إلى مواطنيها^(٢).

(١) كـمـثـوـريـة عـلـيا -القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية كـمـثـوـريـة - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ قاعدة ١٣ ص ١٥٠ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية كـمـثـوـريـة - جلسة ١٩٩٣/٢/٦ - قاعدة رقم ١٣ ص ١٧٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

الفرع الثالث

المعاهدة الدولية: مرتبتها

٢١٩- تقضى المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية بأن كل معاهدة دولية يتم إبرامها ونشرها والتصديق عليها وفق الأوضاع المقررة، تكون لها قوة القانون.

بينما نصرح المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، بأن الاتفاقية أو المعاهدة الدولية المصادق عليها، أو التي يتم إقرارها وفق الأوضاع المقررة، تكون لها، منذ نشرها، قوة أعلى من القانون Une autorité supérieure à celle des lois مع الاحتفاظ بشرط تطبيقها من قبل السدول الأخرى المعتمدة أطرافا بها.

Sous reserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie

كذلك تنص المادة ٥٤ من الدستور الفرنسي المذكور، على أنه إذا قرر المجلس الدستوري أن تعهدا دوليا يتضمن بندا أو شرطا مخالفا للدستور، فإن الترخيص بالتصديق على هذا التعهد أو بإقراره، لا يجوز أن يصدر قبل تعديل الدستور^(١).

L'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la revision de la constitution.

الفرع الرابع

المعاهدة الدولية: للرقابة على دستوريته

٢٢٠- وتباشر المحكمة الدستورية العليا رقابتها على كل معاهدة دولية تكون مصر طرفا فيها من جهتين:

أولاهما: من حيث استيفائها للأوضاع الشكلية التي تتعلق بإبرامها والتصديق عليها ونشرها. فضلا عن ضرورة موافقة السلطة التشريعية على كل معاهدة تتعلق بالتجارة والملاحة؛ أو يكون

^(١) يلاحظ أن المجلس الدستوري لا يتصدى من تلقاء نفسه للصل في دستورية المعاهدات الدولية، بل يتعين أن يقدم إليه طعن بشأنها من الأشخاص الذين حددهم الدستور الفرنسي حصرا وهم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس كل من مجلسي البرلمان -الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ- وستون نائبا أو ستون شيخا على الأقل.

موضوعها صلحا أو تحالفا؛ أو متضمنا تعديل الحدود الإقليمية للدولة، وكذلك تلك التى تتعلق بحقوق السيادة التى تملكها؛ أو التى تحمل خيانة الدولة بنفقة غير واردة فى الميزانية^(١).

ثانيتهما: من حيث اتفاق مضمونها مع الدستور. ذلك أن قوة المعاهدة وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من دستور مصر، لا تزيد على قوة القانون، فلا تلوه. وهى تحوز هذه القوة بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. ولا يتصور بالتالى إغلاؤها من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية التى تتناول أصلا كل قانون بمعنى الكلمة؛ ولو صدر عن السلطة التشريعية التى تعبر عن إرادة مواطنيها فى مجموعهم بحكم صفتها التمثيلية. ومن ثم يكون القانون بمعناه الحرفى، والمعاهدة الدولية المشبهة به فى الحكم، سواء فى مجال الخضوع للشرعية الدستورية.

الفرع الخامس

المعاهدة الدولية: للحفاظ عليها، والانسحاب منها

٢٢١ - الأصل فى كل معاهدة دولية، هو جواز الحفاظ على حكم واردة بها، بقصد استبعاد تطبيقه، أو تعديل مضمونه فى مجال سريانه على الدولة التى صدر الحفاظ عنها، ودون إخلال بتقيدها بباقي أحكامها غير المتحفظ عليها. ولا كذلك انسحابها من معاهدة دولية ترتبط بها ذلك أن هذا الإجراء لا يعتبر موقفا لسريانها فى مواجهتها، ولا هو تعديل لأحد نصوصها، بل إنهاء لوجود المعاهدة ذاتها بحكم تخليها عنها. فلا يحتج عليها بعد ذلك بأحكامها، ما لم تكن التزاماتها المنصوص عليها فى المعاهدة، مقررّة كذلك بمقتضى قاعدة من قواعد القانون الدولى العام التى لا تجوز مخالفتها Peremptory Norms of General International Law، كذلك المتعلقة بعدم جواز اللجوء إلى القوة فى روابط الدول ببعضها؛ وحظر ارتكابها لجرائم الإبادة الجماعية، أو تعاملها فى الأشخاص من خلال استرقاقهم أو دفعهم إلى البغاء أو الفجور، أو غير ذلك من الجرائم الدولية. إذ تظل الدولة المنسحبة، مقيدة بمثل هذه القواعد - لا لأنها مقررّة فى المعاهدة الدولية التى كفلتها- وإنما لأن قواعد القانون الدولى العام التى لا تجوز مخالفتها ولا تعديلها باتفاق لاحق Jus Cogens، هى التى تحل محل القواعد التى تقابلها فى المعاهدة الدولية بحكم اتساع مجال

(١) هذه المعاهدات مبيّنة حصرا بالفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور.

تطبيقها يشمل الدول جميعها التي تنقيد بها وتنزل عليها، ولو لم ينص عليها في أية معاهدة دولية دخلت فيها^(١).

الفرع السادس

المعاهدة الدولية: صلتها بالأعمال السياسية

٢٢٢ - لا تعتبر المعاهدة من الأعمال السياسية بناء على مجرد تنظيمها للعلاقات الخارجية، وهو ما أكتفه المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن نظرية الأعمال السياسية وإن كانت تجد أكثر تطبيقاتها - لا في الميدان الداخلي - بل على صعيد روابط الدولة الخارجية، ومن منظور اتفاقاتها الدولية التي تصون بها سيادتها ومصالحها العليا؛ إلا أن كل معاهدة دولية لا تعبر بالضرورة من الأعمال السياسية. ولا تندرج تحتها كذلك - وبصفة تلقائية - كل اتفاقية تجب موافقة السلطة التشريعية عليها وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور^(٢).

ذلك أن الأعمال السياسية لا تعد كذلك في صحيح تكيفها، بالنظر إلى أوصافها التي يخلعها المشرع عليها. وإنما على ضوء خصائصها؛ وبمراعاة أن تكليفها على الرقابة القضائية، مرده أن تقييمها يرتبط بضوابط دقيقة وبموزن تقدير، وعوامل ترجيح تعود مكوناتها إلى حقائق لا يتاح أو يتعدر عرضها على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

ولا شأن للأعمال السياسية بالتالي بالقواعد الإجرائية التي تحيط بالمعاهدة، والمتصلة بإبرامها أو التصديق عليها أو نشرها وفقا للأوضاع المقررة^(٣).

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - قاعدة رقم ٢٩ - ص ٥١٠ من الجزء السابع من أحكام المحكمة.

(٢) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من الدستور على وجوب موافقة السلطة التشريعية على معاهدات المصالح والتحالف والملاحه والتجارة، وكذلك جميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة، أو التي تتعلق بحقوق السيادة، أو التي تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة في الميزانية. أما غير هذه النظم من المعاهدات، فإن الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من الدستور تقتضي بأن يبلغها رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب مشفوعة بما يناسبها من البيان.

(٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩ يوليو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٤٢٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

وتحديد الأعمال السياسية بالنظر إلى خصائصها وحقيقتها، هو ما دعا المحكمة الدستورية العليا إلى أن تدرج ضمن أعمال السيادة التي لا تشملها رقابتها، اتفاقية الدفاع المتبادل فيما بين الدول العربية أطرافها، بالنظر إلى إحدائها لقيادة عربية موحدة لقواتها الحربية، وتنظيمها لتحركاتها فيما بين هذه الدول، وإجازتها انتقالها بين أقاليمها، مع إعفاؤها في مسائل بذواتها حددتها هذه الاتفاقية حصراً، من الولاية القضائية للدولة التي تتواجد فيها^(١).

الفرع السابع

المعاهدة الدولية: تنفيذها

٢٢٢- وتعطى المحكمة الدستورية العليا أهمية خاصة لتنفيذ المعاهدة الدولية في النطاق الداخلي، إلى حد تخويلها رئيس الجمهورية حق إصدار قرار بقانون فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور، كلما كان تدخله على هذا النحو، لازماً لضمان إيفاء مصر بالتزاماتها الناشئة عن معاهداتها الدولية^(٢) والتي يندرج تحته مسؤوليتها عن اتخاذ التدابير التي ألزمتها بها الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الاتجار في الأشخاص واستغلال دعة لغير الموقعة في ٢١/٣/١٩٥٠.

ذلك أن انضمامها إلى هذه الاتفاقية، جعلها طرفاً فيها، وألزمها بتقرير للنصوص القانونية التي يقتضيها إنهاء الدعارة بكل صورها، وضمان تأهيل ضحاياها، وإصلاحهم اجتماعياً للقضاء على شر الاتجار في الأشخاص لمصلحة آخرين يرمون إلى إشباع شهواتهم، بما يعرض للخطر مصالح الفرد والأسرة والجماعة.

ولمواجهة هذه المخاطر والعمل على دفعها، أصدر رئيس الجمهورية قراراً بقانون عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور، متوخياً بأحكامه، فرض العقوبة الملزمة على الصور المختلفة

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٣ - ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

ويلاحظ أن المحكمة تشير في هذا الحكم إلى نظرية أعمال السيادة التي تطبق أصلاً في المجال الإداري. ولكنها عدلت فيما بعد عن هذه التسمية، وأبطلتها بنظرية الأعمال السياسية التي ابتدعتها القضاء الدستوري.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ - قاعدة رقم ٩ - ص ٤٢ من المجلد الأول من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة.

للدعارة، سواء في ذلك ما تعلق بالتحريض عليها أو المساعدة فيها، أو استغلالها أو احتراقها، أو بغير ذلك من أشكالها كتمويلها أو تأجير بناء أو مكان أو جزء من أيهما لتسهيلها^(١).

الفرع الثامن

المعاهدة الدولية: وحدتها وتجزئتها

٢٢٤- ينبغي للنظر إلى المعاهدة الدولية باعتبار أن أحكامها تتكامل فيما بينها، وتنظمها وحدة عضوية تجمعها، وأن التوافق على تنفيذ نصوصها في مجموعها، كان من العوامل الجوهرية التي أدخلتها الدول في اعتبارها عند إبرامها أو التصديق عليها أو الانضمام لها، فلا تجوز تجزئتها بالتالي، بل تعامل المعاهدة في تمام أحكامها، بوصفها كلاً غير منقسم.

ولئن كان ما تقدم هو الأصل في كل معاهدة دولية، إلا أن قيدها ما يرد على هذا الأصل. ذلك أن المعاهدة الدولية في أشكالها المتطورة لا تواجه مسائل متداخلة. فيما بينها، وإنما تتفرق المسائل التي تنظمها فيما بينها وتستقل موضوعاتها عن بعضها البعض، فلا ينظر إلى مسائلها المتفرقة بوصفها صفة واحدة إما أن تقبل بكل أجزائها أو ترفض بكاملها، وإنما تنقسم هذه المسائل إلى عناصر شتى يكون موضوع كل منها مختلفاً عن غيره، فلا تتداخل هذه العناصر أو تتحد فيما بينها، وإنما يكون لكل منها كيان خاص به بحيث يتصور إمكان فصله عن غيره.

فاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، تتضمن مسائل متفرقة يندرج تحتها تنظيمها للبحار الإقليمية، والمناطق المناخية، والمناطق الاقتصادية، ولحقوق الدول على جرفها لقارية، والأوضاع الدول المحصورة، و المتضررة جغرافياً.

وتنرد الاتفاقية لكل من هذه المسائل، للتصوص القانونية التي تخصها وتحكمها، استقلالاً عن غيرها، بما يتيح فصل أجزائها عن بعضها البعض، لولا إصرار الدول أطرافها على النظر إلى هذه الاتفاقية في مجموع أحكامها بوصفها صفة متكاملة لا يجوز تجزئة عناصرها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية"- جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣١ - ص ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

فإذا لم يكن ثمة اتفاق بين الدول المعتبرة أطرافاً في معاهدة دولية على معاملتها كصفة متكاملة، فإن جواز تجزئة أحكامها يعود إلى إرادة هذه الدول. وهي إرادة لا يجوز انتزاعها، ولكنها تستتب من مجموع العوامل التي أولتها تلك الدول اعتبارها عند إقرارها للمعاهدة.

بما مؤداه أن القاعدة الأولية التي تحكم المعاهدة الدولية، هي وحدة نصوصها، وامتناع تجزئتها على ما نقضى به المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات من أن يسعى إحدى الدول -وبناء على سند تدعيه- لنقض معاهدة دولية تكون طرفاً فيها أو للاتسحاب منها أو لتعليق تنفيذها؛ لا يجوز إلا بالنسبة إلى المعاهدة في مجموع أحكامها، ما لم يكن هذا السند منصرفاً إلى نصوص بنواتها تضمنتها المعاهدة، إذ يقتصر ذلك السند عندئذ على هذه النصوص كلما كان ممكناً -في مجال تطبيقها- فصلها عن بقية أجزاء المعاهدة، وبمراعاة أمرين:

أولهما: ألا تكون إرادة الدول الملزمة بالمعاهدة، منصرفة إلى القبول بها في مجموع أحكامها كشرط لتقيدها بها.

ثانيهما: إذا كان فصل بعض نصوص المعاهدة عن باقيها لا يناقض إرادة الدول أطرافها، تعين ألا يكون إجراء هذا الفصل مجالياً للحدالة^(١).

الفرع التاسع

المعاهدة الدولية: وحرية التعبير

٢٢٥- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا كذلك أن المعاهدة الدولية التي يتم إبرامها والتصديق عليها واستيفاء القواعد الإجرائية المقررة لنفاذها، لها قوتها الملزمة لأطرافها، وأن على الدولة المتعاهدة احترام تعهداتها التي أنشأتها المعاهدة ما ظل مريانها قائماً، إلا أن ذلك لا يضي على المعاهدة حصانة تحول بين المواطنين ومناقشتها ونقدتها وإيداع رأيهم فيها سواء بقبولها أو برفضها. ذلك أن حرية التعبير هي حرية عامة كفلتها المادة ٤٧ من الدستور، ولكل مواطن أن يمارسها في إطار ضوابطها، وهي بعد حرية تدعمها المادة ٦٢ من الدستور التي تنص بأن إسهام المواطن في مباشرة حقوقه وحياته العامة، يعتبر واجباً وطنياً. ولا يجوز

(١) "دستورية عليا" -الضنية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية دستورية- جلسة ٦ فبراير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٣ -ص ١٨٨ و ١٨٩ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

بالتالى أن يكون استعمال المواطن لحرية عامة كفلها الدستور هى حريته فى التعبير عن رأيه، سببا لحرمانه من حق أو حرية عامة أخرى قررها الدستور كالحق فى تكوين أحزاب سياسية أو الانضمام إليها، بل تكامل حقوقه وحرياته هذه فيما بينها^(١).

إذا علق المشرع تأسيس الأحزاب السياسية أو استمرارها على عدم قيام أحد مؤسسيها أو قيادتها بانتقاد معاهدة السلام بين مصر و إسرائيل، أو الحض على أعمال تتعارض معها، أو الترويج بطريق من طرق العلانية لاتجاه ينقضها، كان ذلك مؤداه إنكار حرية الناقدين لها فى التعبير عن آرائهم؛ وحرمانهم كذلك بصفة مطلقة ومزودة من حق تكوين أحزابهم السياسية، بما يؤول إلى مصادرة هذا الحق وإهداره، ويشكل بالتالى مخالفة للمادتين ٤٧ و ٤٨ من الدستور^(٢).

المطلب الثانى

حقوق غير المواطنين فى حدها الأدنى وصلتها بقواعد القانون الدولى العام

٢٢٦- من المقرر أن للدول -على صعيد علاقاتها الدولية- حقوقا أساسية تتمثل فى ضمان استقلالها؛ ومباشرتها لولايتها فوق إقليمها؛ ودفاعها الشرعى ضد العدوان عليها؛ وتكافؤها قانونا مع غيرها من الدول. بيد أن حقوقها هذه تقابلها وتوازنها واجباتها التى تمنعها من التدخل فى الشؤون الداخلية لغيرها من الدول؛ وتحول بينها وإثارة الفلالك ضدها؛ وتقيدها كذلك بصون حقوق الإنسان وتنفيذ التزاماتها الدولية بحسن نية، وبمراعاة أن تكون الوسائل السلمية وحدها، طريقا لفض نزاعاتها.

وتتل النظرمة المتمثلة لحقوق الدول وواجباتها الأساسية، على قبولها فيما بينها بعلوم قواعد القانون الدولى ومبادئها، وأن صلاتها الودية وفقا لميثاق الأمم المتحدة تقتضيها أن تتعاون مع بعضها البعض لضمان تقدمها، ولبناء أسس سلمية لحسن الجوار تنهيا بها فرص تعاضها وتدخل مصالحها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية دستورية- جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ -قاعدة رقم ١٦ ص ١٠٤، ١٠٥ من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها.

(٢) القضية رقم ١٣١ لسنة ٥ قضائية دستورية -جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ ص ١١٠ - ١١٣ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

على أن استقلال الدول عن بعضها، ونكاتها في السيادة، وإن خول كلا منها، أن تنظم شروط دخول غير مواطنيها إليها، وأن تقرر كذلك قواعد ممارستهم لنشاطهم فيها على ضوء مصالحها القومية التي تمثلها توجهاتها الاقتصادية وسياساتها الخارجية، إلا أن سلطتها هذه لا يجوز القول بإطلاقها؛ وإنما تقيدها القواعد الأمرة التي ارتضتها أسرة الدول سلوكا لأعضائها. يبلور أعرافها التي استقر العمل عليها فيما بينها.

بما مؤده أن القواعد التي تنظم بها الدول شئون غير مواطنيها الذين يهبرونها أو يستقرون فيها، وإن لم تكن هي ذاتها التي تشبههم بمواطنيها، إلا أنها تمثل بمستوياتها تلك الحدود الدنيا التي لا يجوز النزول بمعاملتهم عنها، والتي لا تستقيم حياتهم بدونها *The international minimum standard*، فلا تقاس تصرفاتها قبلهم (إلا على ضوئها).

وكما كان العمل الصادر عن الدولة متضمنا اغتيا لا للحقوق التي كفلتها هذه المعايير، أو تحديدا لأثارها، أو كان دالا على سوء نيتها، أو إخلالها قصدا بواجباتها، أو منحرا -بوجه عام- بمعاملتهم إلى مآدون مستوياتها الدولية التي لا يجوز التخطي عنها، كان إبطال هذا العمل -من خلال الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا في شأن الشرعية الدستورية- لازما.

وما يقول به البعض من إهمال إحدى الدول للمعايير الدولية التي يجب أن تكفلها لغير المواطنين المقيمين بإقليمها، قد يتخذ ذريعة للتدخل في شئونها، مردود أولا: بأن الحقوق التي تكفلها هذه المعايير لهؤلاء، تنصل بحقوقهم في الحياة، وضد التمييز غير المبرر، وبحرمة حياتهم الخاصة، وصون شرفهم وسمعتهم، وكذلك بحرية العقيدة، وبضمان حريتهم الشخصية من خلال تكامل مقوماتها.

وهي بعد حقوق تنظمها تلك القيم التي تنقسمها الجماعة الإنسانية، والتي لا يمكن إرجاعها إلى عصر معين، ولا إلى زمن محدد، ولا القول بأنها نتاج ثقافة بذاتها، ولكنها تنظر إلى الإنسان -وطنيا كان أم أجنبيا- بوصفه بشرا سويا.

ومردود ثانيا: بأن الضوابط التي تطبقها هذه المحكمة في مجال الشرعية الدستورية، لا شأن لها بإقحام إحدى الدول نفسها في الشئون الداخلية لغيرها؛ وإن أثار ذلك مسؤوليتها وفقا لميثاق الأمم المتحدة.

ومردود ثالثاً: بأن المعايير الدولية التي تطبقها الدول على غير مواطنيها، لا يقتصر مبرراتها على من يكون منهم فرداً، ولكنها تمتد كذلك إلى كل مجموع منهم تضمهم وحدة قانونية لها ذاتيتها واستقلالها. وإعمال إحدى الدول لهذه المعايير، يناقض تداخل مصالحها، مع غيرها، ويخل بضرورة أن تكون لأعرافها -التي أرتضتها فيما بينها، والتي تحدد علاقتها بغير مواطنيها- قسميتها.

ولئن جاز القول بأن أعرافها هذه قد يكتنفها -من بعض جوانبها- قدر من التفاوض في مجال تطبيقها، إلا أن وجودها قانوناً حقيقة مستعصية على الجدل. ولا يدعو الإخلال بها أن يكون نكولاً من الدول التي نقضتها، عن التزاماتها وفقاً لقواعد القانون الدولي.

ومردود رابعاً: بأن التطور الزاهي للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعلها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الدول المتحضرة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين الذين يقيمون في غير دولهم؛ وكان التمييز في مجال هذه الحقوق -ولو كان من يطلبها أجنبياً- ينقضها بما يخل بالحماية المقررة في مجال تطبيقها، فقد صار محظوراً تفسير المعايير الدولية بأنها تخول فرداً أو جماعة أو تنظيمًا، أن يخال من الحقوق التي تتصل بتطبيق هذه المعايير، سواء بمحوها أو بإيراد قيود في شأنها تجاوز تلك التي ترتضيها الدول الديمقراطية وتتخذها قاعدة لسلوكها، وعلى الأخص على صعيد الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار.

ومردود خامساً: بأن المعايير الدولية المتقدم بيانها، لا يجوز إهدارها من خلال أعمال تناهضها تأتينا الدول التي يقيم غير المواطنين بها، ولو بررتها بمجرد تطابقها مع تشريعاتها المعمول بها في شأن مواطنيها.

ذلك أن الحماية التي تكفلها تشريعاتها هذه، قد نقلت عن تلك التي أنتجتها واقعة اتصال الدول فيما بينها، وضرورة تحقيق نوع من التداخل بين مصالحها في إطار معايير دولية تمثل بمستوياتها ما يكون ضرورياً لصون حقوق غير المواطنين بها، فلا يكون الفصل بين الأشخاص المعنيين بهذه الحقوق، ودولهم، مقبولا.

واستصحاباً لهذه المعايير، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة -بمقتضى قرارها رقم ١٤٤/٤٠ المؤرخ ١٩٨٥/١٢/١٣- إعلاناً في شأن حقوق غير المواطنين في البلد الذي يعيشون

فيه، مقررة سريان أحكامه فى شأن كل فرد يوجد فى إحدى الدول ولا يكون من رعاياها؛ مع إلزامها بضرورة أن تنقذ فى كل تشريعاتها التى تنظم بها دخول غير مواطنيها إليها، وشروط إقامتهم فيها، وما يمكن أن يقوم بينهم وبين رعاياها من الفروق، بالحدود التى رسمتها التزاماتها الدولية، بما فى ذلك ما يتعلق منها بحقوق الإنسان؛ وبمراعاة أن تكفل تشريعاتها الوطنية، حقهم فى الحياة، وكذلك تأمين أشخاصهم ضد الاعتقال أو الاحتجاز غير المشروع، وصون حريتهم الشخصية التى لا يجوز الإخلال بها إلا وفقاً للقانون، وبما لا يخل بالتزاماتها الدولية التى تقارن ضمان هذه الحقوق.

ويؤكد هذا الإعلان كذلك، حق هؤلاء فى حرية التعبير، وتملك الأموال، والاجتماع ومغادرة البلد، وذلك كله وفق القيود التى يجوز أن تفرضها الدول الديمقراطية فى مجتمعاتها لأغراض محددة، يندرج تحتها حماية أمنها القومى، ودعم نظامها العام، وصون أخلاقها، مع ضمان حقوق الآخرين، وبما لا يخل بغيرها من الحقوق المنصوص عليها فى هذا الإعلان، وكذلك تلك التى تقررتها المواثيق التى تنظمها.

ويقر حق غير المواطنين فى إدارة أعمال بذولتها فى غير أوطانهم بما فى ذلك حقهم فى اختيار وكلائهم أو كفلائهم فى مجال تسييرها- عن جواز مباشرتها قانوناً، فكلما خولتهم القوانين الوطنية حق مباشرة هذه الأعمال، كان لهم أن يديروها بالطريقة التى تلائمهم، بما فى ذلك اختيار من يصطوبونهم لنقمتهم فى قدراتهم^(١).

٢٢٧- ويقع حق النقاضى وحق الملكية فى نطاق الحد الأدنى من الحقوق التى تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين.

ذلك أن لكل فرد -ولو كان أجنبياً- أن يتخذ ما يراه من التدابير لرد كل عدوان على حقوقه الثابتة التى تستمد وجودها من النظم القانونية المعمول بها فى الدولة التى يقيم بها، والتى يلزمها بالضرورة -ومن أجل اقتضاها- طلب الحماية التى يكفلها الدستور أو المشرع لها .

(١) "مستوى عليا" -القطعة رقم ٣٥ لسنة ١٧ فصلية "مستوى" -جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٠ وما بعدها من الجزء الثامن.

فلا يكون الحق في الدعوى -وعلى ما تنص عليه المادة ٨٦ من الدستور- إلا مكفولا للناس جميعهم -وبلا تمييز- كي توفر الدولة للخصومة القضائية في نهاية المطافها، حلا منصفيا يقوم على حيدة المحكمة واستقلالها، ويكفل عدم استخدام التنظيم القضائي كأداة للتمييز ضد فئة بذاتها، تحاملا عليها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا على الأخص من خلال ضمانها حق غير المواطنين في الدفاع عن ملكيتهم بعد تلقيها أو كسبها وفقا للنظم القائمة.

وهي تؤسس حكمها في ذلك على أن للدولة -وبناء على ضرورة نرضها أوضاعها الاقتصادية، أو تتطلبها إدارة علاقاتها الخارجية، أو توجبها رولبتها لقومية أو غير ذلك من مصالحها الحيوية- أن ترض قيودا في شأن الأموال التي بحوز غير مواطنيها تملكها.

ولها كذلك أن تخرج فئة منها من دائرة الأموال التي يجوز لهم التعامل فيها، فلا يكون لتصرفاتهم بشأنها من أثر.

وللدولة السلطة الكاملة التي تقود بها حق غير مواطنيها في تلك أموال بذواتها، ولها كذلك أن تمنعهم من تملكها وأن تحل عن سياستها هذه، أو تغير فيها بما لا يناقض الدستور. ومن غير الجائز أن تجحد الدولة حق غير مواطنيها في اللجوء إلى قضائها للدفاع عن حقوقهم التي كفلتها للقوانين الوطنية؛ أو التي تجد ضمانها في الدستور.

ذلك أن نكولها عن أن توفر لحقوقهم هذه وسائل اقتضائها، أو إرفاقها بالحماية المقررة لها بأعباء تنوء بها، هو في واقعه وحقيقته القانونية، إكثار للعدالة تقوم به مسؤوليتها الدولية التي لا يرفعها عنها غير صون هذه الحقوق وردها إلى أصحابها حال الإخلال بها.

ذلك أن إكثار الحق في الترضية القضائية، سواء بمنعها ابتداءً أو بتقيض فرص اقتضاها، أو بتقييدها متباطئة متراحية دون مسوغ، أو بإحباطها بقواعد إجرائية معيبة بصورة جوهرية، لا يعمد أن يكون إهدارا للحماية التي يفرضها الدستور أو القانون للحقوق التي يكفلها؛

وهذا للعدالة في جوهر خصلتها وأدق توجهاتها، ويوجه خاص كلما كسان طريق الطعن القضائي لرد الأمور إلى نصابها، غير جائز أو غير منتج^(١).

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية تنازع - تنازع جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ - قاعدة رقم ١٩ - ص ٩٢٥ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩٨ لسنة ٤ قضائية دستورية - جلسة ٥ مارس ١٩٩٤ - القاعدة رقم ١٩ ص ٢٠٧ - ٢٠٨ من الجزء السادس.

المبحث السابع

قواعد القانون الخاص وأثر الرقابة على الدستورية

في تشكيلها وبين مضمونها

٢٢٨- ويبدو تأثير المحكمة الدستورية العليا عريضا في كثير من المسائل التي ينظمها القانون الخاص، خاصة فيما يتعلق بصون الملكية الفردية، وضمان حرية التعاقد، والحق في العمل. ذلك أن الحق في التنمية يرتبط بإثراء روافدها وتصديق أنواتها، سواء كان الاستثمار وطنيا أو عربيا لم أجنبا. ولا يجوز بالتالي أن تفرض عليها الدولة قيودا جائرة؛ بما ينال من تنقصها أو يعطل حركتها دون مقتض.

ولأن الملكية الخاصة تمثل في علاقتها بالتنمية أهم روافدها، فقد كان على المحكمة الدستورية العليا أن تؤكد الحماية التي كفلها الدستور لها، وأن تحول -بأحكامها- دون انتهاكها من خلال قيود تعطل جوهرها أو تنتقصها من أطرافها.

على أن الملكية -بالرغم من حيوية وظائفها- إلا أن الملامح الاشتراكية لهذا الدستور التي أفرزتها مفاهيم الميثاق، والمؤتمر الوطني للقوى الشعبية، كان لها ظلالتها القاتمة على الحياة النيابية^(١) والاقتصادية في مصر^(٢). ومن ثم لم ينص الدستور على حرية التعاقد التي تتناقض -في تقديره- ضرورة السيطرة على رأس المال الخاص في مصادر تكوينه ونواتجه.

بيد أن حرية التعاقد التي أعمل الدستور للنص عليها، هي ذاتها التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا بما تقر في أحكامها من أن تأمين الحرية الشخصية لا يقتصر على حمايتها في مواجهة صور العدوان على البدن. وإنما تقع في نطاقها كذلك إرادة الاختيار حتى لا يصل أحد على القبول بما لا يرضاه.

(١) من بين هذه المفاهيم أن يكون للصل والفلاحين في المجالس النيابية مقاعد لا تقل عن نصفها، وهو نص لا مقابل له في الدساتير المقارنة جميعها، ويدل على أن الذين صاغوه، والذين يدافعون عنه، أرادوا أن يحكموا قبضتهم على الحياة النيابية من خلال مفاهيم غوغائية أبس لها من صلة بإرادة الاختيار، التي يدعى أن يملكها كل مواطن بلا قيد.

(٢) من بينها ما نص عليه الدستور من أن للعمل مكاسب اشتراكية، دون أن يعنى بيان هذه المكاسب التي لا يتصور أحد أن يكون الدستور قد قصد إلى تسليط مزاياها على المال بغير جهد من جانبهم.

المطلب الأول

حق الملكية

الفرع الأول

مفهومها

٢٢٩- تنفرد الحقوق العينية جميعها عن الملكية الفردية كحق عيني أصلي. بل إن هذه الملكية تعتبر جماع غيرها من الحقوق العينية، وأوسعها نطاقاً، وأكثرها قوة.

ولئن صح القول بأن الملكية الفردية المعتبرة أصل الحقوق العينية جميعها، تخول صاحبها السلطة المباشرة على الشيء محلها تصرفاً واستغلالاً واستعمالاً، لتعود إليه دون غيره ثمارها ومنتجاتها وملحقاتها، يستخلصها منها دون وساطة أحد؛ وكانت الحقوق الشخصية هي التي ترتبط بمدين معين أو بمدينين معينين، وبوساطتهم يكون اقتضاء الدائن لها؛ إلا أن التمييز بين الملكية الفردية، وبين الحقوق الشخصية على هذا النحو، لا ينال من كونهما من الأموال. ذلك إن الحقوق العينية التي تقع على عقار -بما في ذلك حق الملكية- تعتبر مالا عقارياً. أما الحقوق العينية التي تقع على منقول، وكذلك الحقوق الشخصية -أيما كان محلها- فإنها تعد مالا منقولاً.

ويتعين بالتالي أن تمتد الحماية التي تكفلها المادة ٣٤ من الدستور للملكية الخاصة في معيها لتأمين الأموال جميعها من العدوان عليها، وبما يردع مغتصبها^(١) إلى الحقوق الشخصية والعينية على سواء. ذلك أن التفريق بينها في مجال هذه الحماية، ينافي مقاصد الدستور.

الفرع الثاني

جنورها

٢٣٠- حرص الدستور على إعلاء الملكية الخاصة، وجعلها قرين التقدم، وربط حمايتها بصون الأمن الاجتماعي.

(١) "دستورية عليا" -القضائية رقم ٢٣ قضائية دستورية- جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤- قاعدة رقم ١٨ -ص ١٨٤

- ١٨٥ من الجزء السادس؛ والقضائية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥- قاعدة رقم ٧ -ص ١٢٤ من الجزء السابع.

ومن ثم كفلها لكل فرد -وطنيا أو أجنبيا- ولم يجز الإخلال بحرمتها إلا استثناء، وفي الحدود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، لضمان فعالية ممارستها.

ذلك أن الملكية تعود في الأعم من الأحوال إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال؛ وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها؛ وبالحماية التي أحاطها الدستور بها، على أن يكفل للتنمية أهم أدواتها، ولإرادة الاختيار مقوماتها، فلا يختص غيره بشاؤها ومنتجاتها وملحقاتها، كي يستبد بها دون غيره، حتى لا يناجز سلطته عليها خصيم ليس بيده سند ناقل لها، ليعتصم بها من الآخرين، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التي تعينها على أداء دورها، ونقيها تعرض الأغيار لها^(١).

الفرع الثالث

أهميتها

٢٢١- حق للملكية من الحقوق المالية التي يجوز التعامل فيها، وبقدر تعدد روافدها وتنوع استخداماتها، تتمتع قاعدتها، لتشكل نهرا دافقا بمصادر الثروة القومية التي لا يجوز إهدارها أو التفريط فيها، أو بحرثها تبديدا لقيمتها.

الفرع الرابع

القيود عليها

٢٢٢- لا يجوز تنظيم الملكية بما يخل بالتوازن بين الحقوق التي تنفرع عنها، وضرورة تقييدها نأيا بها عن الانتهاز أو الإضرار بحقوق الآخرين.

ذلك أن الملكية لم تعد حقا مطلقا في إطار النظم الوضعية التي تزواج بين الفردية وتدخل الدولة. وليس للملكية كذلك من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم ساغ تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية.

(١) نسورية عليا - القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "نسورية" جلسة ١٩٩٤/١٢/٣ - القاعدة رقم ٣٠ - ص

٣٩٠ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "نسورية" - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم

٧ - ص ١١٦ من الجزء السابع.

وهى قيود لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تملئها طبيعة الأموال محل الملكية، والأغراض التى ينبغى أن ترصد عليها على ضوء واقع اجتماعى معين فى بيئة بذاتها، لها توجهاتها ومقوماتها.

وفى إطار هذه الدائرة، يفاضل المشرع بين عدد من البدائل ليرجح من بينها ما يراه أكفـل للمصالح الأولى بالرعاية، مستهديا فى ذلك بوجه خاص بالقيم التى تتحاز إليها الجماعة فى مرحلة من مراحل تطورها؛ وبمراعاة أن القيود التى يفرضها الدستور على الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة لذاتها، بل غايتها خير للفرد والجماعة التى ترتبط بها.

ولئن كان كل تنظيم لحق الملكية ينبغى أن يكون واقعا فى حدود منطقية لا تكون الملكية معها سرابا، ولضمان ممارستها بما يكفل تحقيقها لوظائفها؛ فقد تعين القول بأن تنظيم الملكية لا يجوز أن يكون منتهيا بمدهاء إلى حد أخذها من أصحابها -لأعن طريق نقل مسند ملكيتها إلى أغيار- بل من خلال تقويض قيمتها الاقتصادية بصورة جوهرية مع بقاء ملكيتها لأصحابها.

ذلك أن الملكية هى المزايا التى تنتجها، فإذا انقض المشرع عليها، صار عدوانه مؤديا عملا إلى حرمان أصحابها منها، والاستيلاء على ملكهم بصورة فعلية.

ولا يجوز بالتالى اقتلاع ثمارها أو ملحقاتها أو منتجاتها أو اقتحامها أو امتصاصها، ولو ظل أصحابها يملكون السيطرة الفعلية على الأموال مطها.

وكما تدخل المشرع لتنظيم الملكية فيما يجاوز وظائفها الاجتماعية، كان ذلك التنافـا محظورا حولها، ولو تفرع المشرع بتروخيه مواجهة بعض الأوضاع الاقتصادية بقصد إعادة ترتيبها.

ذلك أن صون الدستور للملكية الخاصة مشروط ألا تكون منطوية على الاستغلال وألا تتناقض طرق استخدامها للخير العام لجموع المواطنين.

ولا يجوز بعد استيفائها لهذه الشروط، مصادرتها أو تقليصها. ذلك أن وجودها وزوال جوهرها، لا يتلازمان^(١).

ولم يحد جائزا بالتالي أن يجرّد المشرع الملكية من لوازمها، ولا أن يقوض عناصرها ولا أن يفصل عنها بعض الأجزاء التي تكونها؛ ولا أن يغير من طبيعتها؛ ولا أن يدمر أصلها؛ ولا أن يفقد من مباشرة الحقوق التي تنفرع عنها في غير ضرورة تعليلها وتطبيقاتها الاجتماعية.

ودون ذلك تفقد الملكية ضماناتها الجوهرية، ويكون العدوان عليها غصبا وافتئاتا على كيانها أنخل إلى مصادرتها^(٢).

الفرع الخامس

منابتها الشرعية

٢٣٣- لا تعارض الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية التي لا تبدل فيها، تنظيم الملكية. ذلك أن الأصل في الأموال جميعها، هو أن الله تعالى بسطها وإليه مرجعها، مستخفا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمار الأرض، وجعلهم مسؤولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستختمونها لإضرار. يقول تعالى: <حرّفنّفوا مما جعلكم مستخلفين فيه>.

وليس ذلك إلا نهيا عن التلوغ بها في الباطل. وتكليفًا لولي الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهي مقاصد ينافيها أن يكون إفناق الأموال وإدارتها متخذًا طرائق تناقض مصالح الجماعة، أو تخل بحقوق الغير أولى بالاعتبار. ومن ثم كان لولي الأمر بالتالي أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كان شأنًا محضًا يزيد من الضرر، ولا يفقد إلا في توسيع الدائرة التي يمتد إليها، وأن يرد كذلك الضرر للبين الفاحش.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - ص ٥٨١ - ٥٨٢ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية "دستورية" - جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٧ - ص ٥٤٧ - ٥٤٨ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١١٦ من الجزء السابع.

فإذا تزامن ضرران، كان نحمل أھونھما لازماً لتقاء لأعظمھما، ويندرج تحت ذلك القول بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

وينبغي بالتالي أن يكون لحق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تنتافر. نلك أن الملكية خلافة. وهي باعتبارها كذلك تضبطها وظيفتها الاجتماعية التي تعكس بالقيود التي تفرضها على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها. وهي حدود يجب التزامها لأن العدول عليها يخرج الملكية عن دائرة الحماية التي كفلها الدستور لها^(١).

الفرع السادس

مقروط الحق فيها

٢٣٤- لحق الملكية خاصة تميزه عن غيره من الحقوق العينية -الأصلية منها والتبعية- تتمثل في أن الملكية وحدها، هي التي تعتبر حقاً دائماً.

ونقتضى طبيعتها هذه، ألا يزول الحق فيها بعدم الاستعمال، أيا كانت المدة التي يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه. فلا تسقط الملكية، ولا الدعوى التي تحميها بالتقادم. بل يجوز لصاحبها أن يقيم دعواه باستحقاقها، ولو طال زمن خروجها من يده، ما لم يكن غيره قد كسبها وفقاً للقانون^(٢).

الفرع السابع

فرض الحراسة عليها

٢٣٥- لا يعتبر الأشخاص الطبيعيون الخاضعة أموالهم للحراسة، في مركز مغاير لغير المشمولين بها في مجال طلبهم استردادها من الدولة.

(١) "مستورية عليا" -التقضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١ ص ٣٦ و ٣٧.

(٢) الحكم السابق ص ١٣٤؛ والحكم الصادر في القضية رقم ١٢٠ لسنة ٥ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ فبراير ١٩٩٢ -قاعدة رقم ١٤ ص ١٩٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

ذلك أن هؤلاء وهؤلاء لا يميزون عن بعضهم البعض إلا في واقعة بعينها هي خضوع الأولين لتدابير الحراسة الاستثنائية التي فرضتها الجهة الإدارية في شأنهم نكالا، بقصد إخراج بعض أموالهم من أيديهم ختالا. وهو ما يعد قرين اغتصابها.

ذلك أن من غير المتصور وقد جرد الدستور واقعة الحراسة من كل أثر، فاجتبتها من منابها حتى لا تصير شيئا- أن تولد هذه الواقعة قانونا، حقا لأحد، ولا أن يتعلق بها التزام بعد أن هدمها الدستور، وأدم آثارها، وجعلها هشيما.

ولا يسوغ بالتالي أن نؤول واقعة طمسها الدستور، إلى الانتقاص من حقوق هؤلاء الذين ناعوا بعينها.

ذلك أن كل واقعة لا استواء لها، ليس لها من عمد ترفعها، ولا من كيان يقيمها، ولا قرار لها، بل تهدم من أساسها لتفقد وجودها من مبدئها، إذ هي ماقطة في ذاتها، فلا وضع لها، ولا اعتداد بها؛ وحسبها أنها غير شيء.

إذ كان ما تقدم، وكان لا يجوز أن تختص فئة ممن يملكون بحقوق يستقلون بها، ولو كان من حرموا منها يساوونهم فيها؛ وكان الأصل في الملكية أنها تعتبر حقا دائما، فلا تزول بالتراخي في استعمالها أمدًا، ولو كان بعيدا، بل يظل صاحبها متمتعًا بالحق في حيايتها وأن ترد إليه عند اغتصابها، إلا إذا آل الحق فيها إلى غيره طبقًا للقانون؛ وكان من المقرر كذلك أن الحماية التي أضفاها للدستور على الملكية الخاصة لضمان صونها من العدوان، لا تنحصر في الملكية الفردية كحق عيني أصلي تنفرد عنه الحقوق العينية جميعها؛ ويعتبر أوسعها وجماعها؛ وإنما تمتد هذه الحماية إلى الأموال كلها -ودون تمييز بينها- باعتبار أن المال هو الحق ذو القيمة المالية، سواء كان هذا الحق شخصيا أم عينيا، أم كان من حقوق الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية؛ وكان الناس جميعهم لا يميزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي؛ ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عينها؛ ولا في فعالية ضمانات الدفاع التي يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في اقتضاها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها؛ فقد تعين أن يكون للحقوق عينها، قواعد موحدة سواء في مجال التقاضي بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استئنافها، أو الطعن في الأحكام التي تتعلق بها.

ولا يجوز بالتالى أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزاً غير مبرر فى شأن إعمال هذه القواعد، بما يعطىها لفريق من بينهم أو يقيدّها، وبوجه خاص على صعيد الفصل بطريقة منصفة فى حقوقهم المدنية و التزاماتهم؛ وكان ثابتاً كذلك، أن طرق الطعن فى الأحكام لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلال سبل تقويم اعوجاجها، وإنما هى فى واقعها أوثق اتصالاً بالحقوق التى تتناولها، سواء فى مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها علناً أصلاً إلى افتتاح هذه الطرق أو اغلاقها، فإن التمييز بين المواطنين المتحدة مراكزهم القانونية Identically Situated فى مجال النفاذ إلى فرصها، يكون محظوراً.

ذلك أن التمييز بين المراكز القانونية، لا يفترض وحدة معطياتها، وإنما تخالفها -ولو فى بعض العناصر التى تكونها، ويفترض مشروعيتها جميعها- لتتناول أجزاؤها.

ولا يتصور بالتالى أن تكون واقعة فرض للحراسة فى ذاتها على أموال الأشخاص الطبيعيين، مدخلاً إلى التمييز بين مركزين قانونيين. ذلك لأن اندماجها لا يضيفها إلى أيهما^(١).

على أن إرادة الاختيار، وإن كانت تمثل نطاقاً للحرية الفردية يرفعى مقوماتها، ويكفل جوهر خصائصها، إلا أن الدائرة التى تمثل فيها هذه الإرادة، ينبغى قصرها على ما يرتبط بالشخصية الإنسانية، ويكون لصيقاً بذاتيتها.

المطلب الثانى

حرية التعاقد

٢٣٦- اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن حرية التعاقد فرع من الحرية الشخصية التى لا تقتصر الحماية التى يكفلها الدستور لها على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، ولكنها تتمتع لتشمل إرادة الاختيار وسلطة للتقرير التى يملكها كل شخص، فلا يكون بسببها كأننا يحمل على ما لا يرضاه، بل بشراً سوياً متكامل للشخصية.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية "مستورية"- جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٧ -ص ١٢٩ من الجزء السابع.

بيد أن حرية التعاقد هذه التي تعتبر في القضاء المقارن حقا طبيعيا لازما لكل إنسان تطويرا لإرادة الخلق والإبداع؛ ولتحيزا لطرائق في الحياة يختارها؛ يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفق أسس موضوعية لا تكون بها هذه الحرية إلا حقا موصوفا A qualified right.

ذلك أن الحرية للشخصية لا يكفلها انصيابها دون علق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها، وإنما يدينها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها؛ بين تمردا على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها؛ بين مروقتها مما يحذر من انتفاعها، ورددها إلى ضوابط لا يملها التحكم.

وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع عليها، تقديرا بأن الحرية للشخصية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضروريا لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون (إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتض^(١)).

ومن ثم لا تعني حرية التعاقد، أن يكون لمسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها.

ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام. وقد يورد للمشرع في شأن بعض العقود -حتى ما يكون واقعا منها في نطاق القانون الخاص- قيودا يرعى على ضوئها حدودا للنظام العام لا يجوز اقتحامها.

وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لشكلية ينص عليها. وقد يعيد إلى بعض العقود، توازنا اقتصاديا اختل فيما بين أطرافها.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ - من ٧٧٥ - ٧٧٦ من الجزء الثامن. وتقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" المحكوم فيها بجلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - نشر هذا الحكم في ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع - إن إرادة الاختيار، وإن كانت تمثل نطقا للحرية الفردية يرعى جوهر خصائصها ويكفل مقوماتها، إلا أن الدائرة التي تعمل فيها هذه الإرادة، ينبغي قصرها على ما يربط بالشخصية الإنسانية، ويكون لصيقا بذاتها -كالحق في اختيار الزوج ولن يتخذ الشخص ودا.

وهو يتدخل إيجابيا في عقود بذواتها محورا من التزاماتها انتصافا لمن دخلوا فيها من الضعفاء، مثلما هو الأمر في عقود الإذعان والعمل.

ولا زال المشرع يقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيمها جماعيا ثابتا Contracts Collectifs التي تنطبق بالتنظيم النقابي^(١).

كذلك، فإن حرية التعاقد -فضلا عن كونها فرع من الحرية الشخصية يتكامل معها ويدعم خصائصها- إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية؛ وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيا كان المدين بأدائها.

ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كذلك التي تدعو للجريمة وتنظمها؛ أو التي تعرقل دون حق تنفق التجارة في سوق مفتوحة؛ وكان من المقرر أن السلطة التشريعية أن تعيد تنظيم بعض العقود لتحيط بعض جوانبها بقواعد أمر لا يجوز الخروج عليها لمصلحة قدرتها، إلا أن هذه السلطة لا يسعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعدد هدمها من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملا في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بكل يجوز أن يتدخل المشرع ليحتملها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خلقها، إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها -والتي تولزن لتفلاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق الصالح العام- لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها، ومحوها كاملا للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها، ممثلا في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها^(٢).

(١) "تسوية عليا" -القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "تسوية" - جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٨ ص ٥١ من الجزء السابع.

(٢) "تسوية عليا" -القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "تسوية" - جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٦ من الجزء الثامن.

وتقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك، أن العقود التي يبرمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيا المشرع، أي كانت دوافعه إلى ذلك. ذلك أن المصلحة التي يحميها الدستور من خلال أحكامه - هي الأولى بالاعتبار، وينبغي تغليبها على ما سواها.

فضلا عن أن الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة، لا تقتصر على ما هو قائم فعلا من مصادرها التي استقام بها الحق في الملكية صحيحا وفق أحكام الدستور، ولكنها تمتد بداهة إلى ما هو مشروع من صور كسبها التي تعد سببا لتلقيها أو لانتقالها من يد أصحابها إلى آخرين، فلا يكون تقييد دائرتها جائزا.

فالأموال التي تملكها، وكذلك ما يؤول إلى أغير من عناصرها، هي التي قصد الدستور إلى صونها، ولم يجز للمساس بها إلا استثناء، وبمراعاة الوسائل القانونية السليمة التي تقارن حق إنشائها وتغيير سندها. وينبغي بالتالي النظر إلى الحماية التي تشملها بما يقيها وفق مفاهيم الحرية التي يمارسها الأفراد تعبيراً عن نواتهم، وتوكيدا لحدود مسؤولياتهم عن صور نشاطهم على اختلافها. فلا يكون صون الملكية إلا ضمنا ذاتيا لأصحابها، يرد عن ملكيتهم كل عدوان ينال من عناصرها^(١).

كذلك، فإن الأصل في العقود - باعتبارها شريعة المتعاقدين - تقوم بنصوصها مقام القانون في الدائرة التي يجبرها - هو ضرورة تنفيذها بحسن نية في كل ما تشتمل عليه، فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين أو وفقا للقانون.

وكما نشأ العقد صحيحا ملزما، كان تنفيذه واجبا، فقد ألزم المدين بالعقد، فإذا لم يتم بتنفيذه، كان ذلك خطأ عقديا، سواء نشأ هذا الخطأ عن عمد أو إهمال، أو عن مجرد فعل لا يقترن بأيهما.

ومن ثم تظهر المسؤولية العقدية باعتبارها جزءا إخفاق المدين في تنفيذ عقد نشأ صحيحا ملزما، وهي تتحقق بتوافر أركانها. وليس ثمة ما يحول بين المشرع وأن يقيم إلى جانبها مسؤولية جنائية، فلا يكون اجتماعهما منافيا للدستور.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٤٣، ٩٤٤. من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

وكما فرض المشرع جزاء جنائيا على واقعة إخلال المدين بالالتزام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، بل كان العقد مصدره المباشر، فإن إيقاع هذا الجزاء لا يكون مخالفا لل دستور، بشرطين:

أولهما: أن يكون هذا الإخلال قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

ثانيهما: أن يكون المشرع قد حدد بصورة واضحة وكاملة عناصر الجريمة التي واجهها، بما ينفي التجويل بها^(١).

ومن المقرر كذلك أن الترخيص لغير المواطنين في امتحان أعمال بذواتها، يفيد بالضرورة حق من يباشرونها في اختيار وكلاء عنهم ينوبون عنهم في إدارتها.

ذلك أن التطور الراهن للحقوق الأساسية للإنسان، قد جعل منها جزءا لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة في مجال مباشرتها؛ والتي لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أحدا أو جماعة أو تنظيما سياسيا، أن ينال من الحقوق التي تقارنها ولو كان من يطلبها أجنبيا.

فضلا عن أن الحرية الشخصية وما يتصل بها من إرادة الاختيار وعلى ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها - تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين. ويتفرع الحق في إدارة أعمال بذواتها، عن جواز مباشرتها قانونا. ويفترض أن تخلص لأصحابها تنظيم شئونها، بما في ذلك اختيار وكلائهم أو كفلائهم في مجال تسييرها، فلا ينهض بمسئوليتها غير من يصطفونهم لقتهم في قدرتهم^(٢).

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٩/١٥ - قاعدة رقم ٥٧ من ٨٥٥ - ٨٥٦ من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - مساعدة رقم ٥٠ من ٧٨٧ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

المطلب الثالث

حق العمل

الفرع الأول

خصائص هذا الحق

٢٣٧- ليس حق العمل من الرخص التي تقضيها الدولة أو تبسطها وفق إرادتها، ليتحدد على ضئونها من يتمتعون بها أو يمنعون عنها. وإنما قرره الدستور باعتباره شرفاً لمن يلتصق الطريق إليه من المواطنين، وواجباً عليهم أدائه، وحقاً لا ينهم، فلا يجوز إهداره أو تقييده بما يعطل جوهره، بل يعتبر أدائه واجباً لا يتفصل عن الحق فيه، ومدخلاً إلى حياة لائقة قوامها الاطمئنان إلى غد أفضل.

ومن ثم كان هذا الحق وثيق الصلة بالحق في الحياة كافلاً تكامل الشخصية الإنسانية واستتارة قيم الخلق والإبداع؛ نلتاً بأوضاع العمل عن رتباتها وآلياتها وجودها؛ لا يتفصل عن جدارة من يتولاه، وإلا كان نهياً لكل طارق^(١)؛ نابذاً الإخلال بالشروط المنطقية التي يقتضيها، بما في ذلك أشكال التعامل التي تضر بقيمة العمل، وتحمل العمال على التخلي عن واجباتهم؛ أو على الألال تنقيهم عن متابعتها.

ولا يجوز كذلك فصل الحقوق التي كفلها الدستور أو المشرع للعاملين، عن مسئولية اقتضائاتها، ولا مقابلتها بغير واجباتها، ومدخلها بالضرورة ألا تتساقط المزايا التي ترتبط بالعمل، على من يطلبونها بغير جهد منهم يقارنها ويمثلها، وإلا كان عيوها فلاحها، وإضرارها بالثروة القومية عميقاً.

وكما كان العمل ميراً من الاستغلال، وغير مقترن بمزايا لا يرتبط عقلاً بها، صار طريقاً لتحرير الوطن والمواطن^(٢).

(١) القضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥/٣/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣١ - من ٥٠٠ - ٥٠٣ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١/٢/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢٣ - من ٣٦٤ - ٣٦٥ من الجزء الثامن.

وعلى الأخص إذا كان ذهنيا قلتما على حرية الخلق والإبداع، ومنتهيا إلى تطوير أشكال من الحياة بما يثريها، ويكفل تحقيق الأغراض التي تنص عليها المادة ٤٩ من الدستور التي صاغها لضمان حرية الإبداع فنيا وأدبيا وثقافيا بما في ذلك حرية إجراء البحوث العلمية التي تنفجر عنها فضلا عن استنباط وسائل تشجيعها- مؤكدة بذلك أن لكل فرد مجالا حيويا لتطوير ملكاته وقدراته، فلا يجوز تثقيتها أو فرض قيود جائرة تحد منها.

ذلك أن حرية الإبداع تمثل جوهر النفس وأعرق معطياتها. وصقل عناصر الخلق فيها وإكسابها، كائن لحيويتها فلا تكون بليدة أو هامدة. بل إن التقدم في عديد من مظاهره يرتبط بها^(١). وليس إهدار عناصر القوة للبشرية أو تحييدها أو تثقيتها، غير تبيد لطاقتها، وإعراض عن استثمار ملكاتها، بما يثير اضطرابا داخل مجتمعها، ويخل بما ينبغي أن يتوافر فيه من ضوابط التوازن بين من يملكون فرص العمل، ومن يسعىون للنفوذ إليها حقا وعدلا.

ولا يجوز على الأخص -على ضوء ما تقدم- أن يظل المعوقون مؤخذين بعاهاتهم وعوارضهم لا يملكون دفعها أو تقويمها.

ذلك أن تنظيم أوضاع المعاقين وطنيا كان أم دوليا- توحي دوما ضمان فرص يخطون بها عواقبهم، ويتغلبون من خلالها على مصاعبهم، ليكون إسهامهم في الحياة العامة ممكنا ومنتجا. ويؤيد ذلك أن نلاحظ القصور التي تعرض لهم، مردها إلى عاهاتهم، ومن شأنها أن تقيد من حركتهم، وأن تنال بقدر أو بأخر من ملكاتهم، فلا يكونون "واقعا" متكافئين مع الأسوياء حتى يمد تأهيلهم مهنيًا، لتبدو مشكلاتهم غائرة الأبعاد، لا تلائمها الطول المبصرة. بل تكون مجابهتها، فإذا إلى أعصابها، حق المعوقين حتى يكونوا أكثر فائدة، وأصلب عودا، ولوثق اتصالا بأمتهم.

وكان لازما وقد نعتز على المعوقين "عمالا" أن تتكافأ فرص استخدامهم مع غيرهم، أن يكون هذا التكافؤ مكفولا "قانونا" على ضوء احتياجاتهم الفعلية، وبوجه خاص في مجال مزاولتهم لأعمال بعينها، أو الاستقرار فيها، على أن توازن متطلباتها بعوارضهم التي تنال من قدراتهم عضويا أو عقليا أو حسيا، لتتضام فرص اعتمادهم على أنفسهم.

(١) القضية رقم ٢٩ لسنة ١٥ قضائية دستورية- جملة ٣ مايو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٨/٣٧- ص ٥٧٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومن ثم حرص المشرع على تأهيل المعوقين بتدريبهم على المهن والأعمال المختلفة ليقربهم من بيئتهم، وليمكنهم من النفاذ إلى حقهم في العمل، لا يعتمدون في ذلك على نوازع الخير عند الآخرين، ولا على تسامحهم، بل من خلال حمل هؤلاء على أن تكون الفرص التي يقدمونها للمعوقين مناسبة لاحتياجاتهم، مستجيبة لواقعهم، وأن يكون هدفها مواجهة آثار عجزهم، ومباشرة مسؤولياتهم كأعضاء في مجتمعاتهم، تمنحهم عوناً، وتقللهم من عزائهم.

وليس ذلك تمييزاً جائراً يفاضل بين المعوقين وغيرهم ليجعلهم أشد بأساً، أو أفضل موقعاً من سواهم. وإنما خولهم المشرع تلك الحقوق التي يقوم الدليل عليها على عمق اتصالها بمتطلباتهم الخاصة، وارتباطها بأوضاعهم الاستثنائية، لتعبد إليهم توازناً اخل من خلال عوارضهم.

وتلك هي العدالة الاجتماعية التي حرص الدستور على صونها لكل مواطن توكيدا لجدارته بالحياة اللاحقة.

يدعم ما تقدم، أن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منظوبا على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا التي يمنحها لفئة دون غيرها
Legislators may select different persons or groups for different treatment, since classification is inherent in legislation.

ويتعين دوما لضمان اتفاق هذا التنظيم مع الدستور، أن تتوفر علاقة منطقية rational relationship بين الأغراض المشروعة التي اعتقها المشرع في موضوع محدد وفاء بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها.

فلا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع، عن أهدافها. بل يجب أن تعد مدخلا إليها Appropriate means to the attainment of justifiable ends.

بما موداه أن حق المعوقين في فرص العمل التي أتاحها المشرع لهم، لا يجوز فصلها عن أوضاعهم، ولا عن الأغراض التي حرص المشرع على تحقيقها من خلال ضمان هذه الفرص^(١).

(١) دستورية عليا - للقضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

ذلك أن تدابير اقتصادية واجتماعية وتشريعية يتعين ضمانها في شأن المعوقين، تأخذ واقعهم في اعتبارها، ولا تتحى مشكلاتهم عن دائرة اهتمامها، بل توليها ما تستحق من الرعاية، لتقديم لهم عوناً يلتمم وأوضاعهم، نزولاً على حكم الضرورة، ويقدرها، فلا يغمطون حقاً.

وليس للدولة أن تحجبهم عن فرص العمل، ولا أن تمنحهم معاشاً يكون بديلاً عنها. ذلك أن طبيعة عوائلهم -ولأيا كان مصدرها أو درجة خطورتها- لا تتنافس حقهم في حياة ملائمة يتخطون بها صعابهم، وتكون كرامتهم قاعدتها؛ واعتمادهم على أنفسهم مدخلها؛ فلا تكون احتياجاتهم الخاصة أوزاراً ينوءون بها.

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية للحق في العمل

٢٣٨- من المقرر أن الشروط التي يفرضها المشرع لقيام حق من الحقوق، تعتبر من عناصره، فلا يتصور وجوده بدونها، ولا أن يكتمل كيانه بفواتها. ومن ثم لا تنعزل هذه الشروط عن الحق الذي نشأ مرتبطاً بها، مكتملاً وجوداً بتحقيقها^(١).

وإذا كان لكل حق شروط يقضيها وأثار يرتبها، من بينها في مجال حق العمل، ضمان الأوضاع التي يكون أداء العمل في إطارها إنسانياً ومنصفاً ومولتياً، فقد تعين ألا تتزعزع هذه الشروط قسراً من محيطها؛ ولا أن يكون مضمونها تحرفاً بها عن مقاصدها ليكون مبناهما للتحاملاً، أو للتناقص بفحواها ما ينبغى أن يرتبط حقاً بالأوضاع الطبيعية لأداء العمل^(٢).

وفي هذا الإطار يجب أن يكون أجر العمل وحوافزه، جزاء منصفاً لجهد العامل، وأن يكون زمن العمل كذلك موفقاً بالشروط الموضوعية التي ينبغى أن يمارس العمل في نطاقها، ولو لم

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص: ١٥٢ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٧ - ص: ١٢٩٠ - ١٢٩١ من الجزء الثامن.

انظر كذلك "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ - قاعدة رقم ٢٧ - ص: ٣٠٩ من الجزء السادس.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٦/٥/١٨ - قاعدة رقم ٤٠ - ص: من الجزء السابع.

يتخذ التمييز في نطاق هذه الشروط، شكل آثار اقتصادية، بل كان أثره منحصرا في الإضرار بمشاعر العاملين وصحتهم النفسية. ذلك أن التحامل في شروط العمل وظروفه، يعنى عدوانية البيئة التي يمارس فيها أو احترقها.

بما مؤداه أن الشروط الموضوعية وحدها، هي التي يعتد بها في مجال تقدير العمل وتحديد أجره؛ والأحق بالحصول عليه؛ وللحقوق التي يتصل بها؛ وأشكال حمايتها، ويندرج تحتها ألا تقع المفاضلة بين العاملين إلا على ضوء تميزهم في أداء العمل؛ وألا تتناقض مباشرته العقيدة التي يؤمن العامل بها؛ وألا يحاط بأوضاع يكون بها أكثر إرهقا ولئلا أجرا. فلا يكون منتجا، ولا كافلا لضمانة الحق في الحياة واحدا من أهم روافدها^(١).

الفرع الثالث

الآثار القانونية المترتبة على الحق في العمل

٢٣٩- كذلك فإن ما نص عليه الدستور من اعتبار العمل حقا، يفيد بالضرورة ألا يتقرر هذا الحق إيثارا، وألا يمنح تفضلا؛ وألا يكون تنظيم ذلك الحق مناقضا لحراده؛ ولا نوع أو أجر العمل طاردا للراغبين في الحصول عليه؛ وأن يكون فوق هذا اختيرا حرا؛ متوخيا لوما- ومن خلال الشروط الموضوعية- تطوير أنماط الحياة وتشكيلها في اتجاه التقدم، على أن تدعّمه برامج رائدة تزيد من خبرة العامل وتتميمها، وتعين على تعاون العمال فيما بينهم، وتكفل خلق مناخ ملائم يكون العمل في إطاره إسهاما وطنيا، وواجبا^(٢).

(١) "مستورية عليا" -القضائية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "مستورية"- جلسة ٦ أبريل ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٣٣ -ص ٥٥٩ من الجزء السابع؛ والقضائية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٠ -ص ٦٤٣ من الجزء السابع.

(٢) الحكم السابق الصادر في القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -ص ٥٥٩ من الجزء السابع.

الفرع الرابع الحمل على العمل

٢٤٠- الأصل في العمل أن يكون إراديا قائما على الاختيار الحر، فلا يحمل عليه المواطن حملا، إلا أن يكون ذلك تمييزا استثنائيا مقررا بقانون، متوخيا مواجهة أوضاع لها من خطورتها -كحريق أو فيضان أو زلزال أو أمراض وبائية أو مجاعة مستحقة- ما يقتضى التعاون على دفعها، ومن حدة طروئها ما يحتم أن يكون العمل تكليفا، وموقوتا. فإذا كان مؤبدا، نعتد أن يكون مبررا بالضرورة أيما كان مداها، ولو كان بمقابل عادل، وغدا لونا من المسخرة التي دمغها الدستور بمجافاتها للحق في العمل باعتباره شرفا. ذلك أن المسخرة، نقيض اختيار للعمل أو التطوع لادائه. ومن ثم شرط نص المادة ١٣ من الدستور لأداء العمل جبرا، أن يكون مقيدا بزمن محدود، وبمقابل عادل، وفي حدود القانون، ولازما لإشباع غرض عام. فلا يساق المواطن إلى عمل لا يرضاه. ذلك أن علائق العمل، تفترض شراء جهة الاستخدام لقوة العمل بعد عرضها عليها. وهو ما يفيد توافق إرادتين على أداء للعمل^(١).

الفرع الخامس الحق في الأجر العادل

٢٤١- لا تنفصل عدالة الأجر عن الأعمال التي يؤديها العامل، سواء في نوعها أو كمها، فلا عمل بلا أجر. ويقتضى إعلاء قدر العمل والارتقاء بقيمته، حمل الدولة على تقدير من يمتازون فيه، ليكون التمايز في أداء العاملين لديها، مدخلا إلى المفاضلة بينهم. وهو ما يعنى بالضرورة أن الشروط الموضوعية هي التي يعتد بها في تقدير العمل وتحديد أجره، والأوضاع التي ينبغي أن يمارس فيها، والحقوق التي يتصل بها، وأشكال حمايتها واقتضاها.

ولا يكون الأجر مقابلا للعمل الإشرطين:

لؤلها: أن يكون متناسبا مع الأعمال التي أداها العامل محددة على ضوء أهميتها وصعوبتها، وتقدها، وزمن إنجازها.

(١) القضية رقم ١٠٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٩/١ - قاعدة رقم ٥٣ - ص ٨٣٧ - ٨٣٨ من الجزء الثامن.

ثانيهما: أن يكون مناط التقدير موحداً، فلا تتعدد معايير تقديره التواء أو انحرافاً حتى لا يمتاز بعض العمال على بعض، إلا وفق أسس موضوعية تقتضيها كافة العوامل ذات الصلة بالعمل.

بما مؤداه أن قاعدة التماثل في الأجر للأعمال ذاتها، تفرضها وتقتضيها موضوعية الشروط التي يتحدد الأجر في نطاقها^(١).

وتبين المحكمة الدستورية العليا، كلفة العناصر الموضوعية التي يعتد بها في تقدير أتعاب المحامي وذلك بقولها:

>>الأصل المقرر قانوناً، أن تتكافأ الأتعاب التي يحصل عليها المحامي تنفيذاً لعقد الوكالة، مع قيمة الأعمال التي أداها في نطاقها، ويقرر أهميتها.

ويتعين بوجه عام أن يقرر أجر كل محام بمراعاة كافة العوامل التي تحين على تحديده تحديداً منصفاً، وهي بعد عوامل لا تستغرقها قائمة محددة من أجل ضبطها وحصرها، وإن جاز أن يكون من بينها: أولاً: حقيقة الجهد والزمن الذي بذله المحامي، وكان لازماً لإتجاز الأعمال التي وكل فيها. ثانياً: جدة المسائل التي قام ببحثها ودرجة تشابكها أو تعقدها. ثالثاً: ما اقتضاه تنفيذها بالدقة الكافية من الخبرة والمهارة الفنية. رابعاً: ما إذا كان تنفيذ الأعمال التي عهد إليه الموكل بها قد حال دون مزاولته لأعمال أخرى. خامساً: الأجر المقرر عرفاً مقابل معقولا لها. سادساً: القيود الزمنية التي يكون الموكل قد فرضها على محاميه لإتجاز الوكالة، وكذلك تلك التي أملتأ ظروفها. سابعاً: للنتائج التي يكون محاميه قد بلغها في شأن المبالغ التي يتردد النزاع حولها. ثامناً: مكانة المحامي ومقدرته وشهرته العامة. تاسعاً: طبيعة العلاقة المهنية بين الموكل ومحاميه، وعمق امتدادها في الزمن. عاشراً: الأتعاب التي تقررت لغيره من المحامين في

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية المشار إليها أنفاً ص ٥٥٩ - ٥٦٠ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٤/١١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٤ - ص ٤٤٦ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ١٨٠ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" - جلسة ١/١/٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٥٥ ص ٤٥٣ - ٤٥٤ من الجزء التاسع.

الدعوى المماثلة. حادي عشر: ما إذا كان المحامون يعرضون عادة عن قبول الدعوى التي وكل فيها بالنظر إلى ملائمتها^(١) <<.

وإذا كان اقتضاء الأجر العادل مشروطاً حتى في العمل الذي يقهر عليه العامل، وذلك عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة ١٣ من الدستور، فإن أداء الأجر كمقابل لعمل أداء العامل اختياراً، في إطار رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية لربط طرفيها بها، يكون بالضرورة أحق بالإيفاء كضمانة كفلها الدستور يحفز بها إسهام المواطن في الحياة العامة، والتمكين من القيم الأصلية التي ينبغي أن تتحلى الجماعة بها^(٢).

الفرع السادس

التقيد على الحق في العمل

٢٤٢- يتعين في الشروط التي يفرضها المشرع لأداء حرفة أو مهنة بذاتها، أن ترتبط عقلاً بمتطلباتها، وأن يكون فرضها لازماً لضمان حسن القيام بها، ملتئماً مع طبيعتها، وإلا كان تقرير هذه الشروط انحرفاً عن مضمونها الحق، وللتواء بمقاصدها، وإيراقاً لبيئة العمل ذاتها، وما ينبغي أن يهيمن عليها من القيم التي تطو بقدر العمل، ولا تخل بطبيعة الشروط التي يقتضيها، ويوجه خاص كلما دل تطبيقها على مناهضتها لتكافؤ الفرص، أو تمييزها دون مقتضى بين المتزاحمين على العمل، أو إنكارها لحقهم في الأمن - اجتماعياً أو اقتصادياً أو نفسياً - أو إضرارها بالأوضاع الأفضل لضمان حريتهم وكرامتهم.

وما ينص عليه المشرع من حرمان الأشخاص الذين تريد أعمالهم على سن معينة، من الاتحاق ببعض الأعمال، لا يستقيم كلما تقرر هذا الحرمان في صيغة مطلقة تتنافى طبيعة هذه الأعمال وشروط أدائها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٨ - ص ١٨٢ و ١٨٣ مسن الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٨/١٥ - ص ١٠٨ - ١٠٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥، للقاعدة رقم ٣٤ - ص ٤٤٩ - ٥٠٠ من الجزء السادس.

ذلك أن من بين تلك الأعمال ما يتصل ببعض المهن الحرة التي تقتضى ممارستها جهداً عقلياً صرفاً من القائمين عليها، ولا شأن لها بمظاهر القصور فى قدراتهم البدنية، وما يتصل بها عاطفياً وجسمانياً من تغيير يؤثر سلباً وعملاً فى إمكانياتهم.

فلا يكون شرط السن عندئذ مقبولا، إلا إذا كان مبرراً بطبيعة الأعمال التي يعهد إلى العامل بها، ونطاق واجباتها ومسئولياتها، ليتحدد على ضوءها ما إذا كان هذا الشرط فاعلاً مؤثراً فيها، أو منافياً لها وغريباً عنها.

بما مؤداه أن الأصل ألا يعول على شرط السن لأداء العمل. فإذا كان مطلوباً عقلاً لبعض الأعمال، كان ذلك استثناء من هذا الأصل يتعين أن يفسر فى أضيق الحدود، وإلا صار شرط السن ذريعة لنقض الحق فى العمل، ولإهدار المزايا التي يرتبط بها، كالحق فى المعاش.

ولئن جاز القول بأن تقدم العمر يحمل فى ثناياه مخاطر صحية لا يستهان بها، ولا يمكن التنبؤ بزمان طروئها ولا بحدتها ومتاعبها ومضاعفاتها؛ إلا أن المهن الحرة التي تقتضى مزاومتها جهداً عقلياً، يتعين أن يكون النفاذ إليها متاحاً لمن يطرقون أبوابها، لا يتقيدون بسى ذلك بغير الشروط الموضوعية التي تؤهل لممارستها، والتي يذللها شرط السن باعتباره دخيلاً عليها.

وهو ما يعنى أن الشروط التي يتطلبها المشرع للتقيد فى الجدول التي تنظم الاشتغال بالمهن الحرة -ومن بينها شرط السن- يتعين لإقرار مشروعيتها، أن يقوم الدليل على اتصالها بطبيعة هذه المهن ذاتها، وما يكون لازماً عقلاً لممارستها، مرتبطاً بجوهر خصائصها *The Essence of the Business*. ذلك أن الأمم على اختلافها، تفقد كثيراً من مصادر قوتها وثروتها، إذا أعيق عمالها -بناء على سنهم- من النفاذ إلى الأعمال التي لايزالون قادرين على النهوض بها، والتي يتكافأون فى إنجازها، أو يمتازون فى أدائها عن ممارسوها فعلاً، ليفقد المبحوثون عنها فرص عملهم، وليكون التمييز بين هؤلاء وهؤلاء تصفياء، ومخالفاً للدمتور بالتالى.

بما مؤداه أن شرط السن فى نطاق الأعمال الحرة، كثيراً ما يكون مؤشراً واهياً على القدرة على ممارستها^(١).

(١) "مفتوية عليا" -ال قضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" -جلسة ١٨/٥/١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٠ -من ٦٣٧ وما بعدها من الجزء السابع.

الفرع السابع الحرية النقابية لعمل القطاع الخاص

٢٤٣- ينزع التنظيم النقابي -مهنا كان أم عماليا- عن حرية الاجتماع التي لا تجوز إعاقتها بقيود جائرة تعطل أو تقيد ممارستها، ولا تتدخل في نطاق تنظيمها.

وتتميز الحرية النقابية التي كفلها الدستور بنص المادة ٥٦، باتساعها لحرية الإرادة في الدخول في منظمة نقابية أو الخروج منها؛ وفي أن يكون للشخص عضوا في أكثر من منظمة نقابية إذا استوفى شروطها، وأن يتجنبها جميعا إذا عرض عنها، وقرر ألا يلج أبوابها.

وإلتحاق هذه الحقوق عن الحرية للنقابية يجعلها من ركائزها. وهي في مجموعها لا تخل بحق النقابة ذاتها في إرساء القواعد التي تنظم شئونها، وأن تقرر بنفسها أهدافها، ووسائل تحقيقها، بما في ذلك طرائق تمويل نشاطها.

ولا تعارض الحرية النقابية على ضوء هذا المفهوم، ديموقراطية العمل النقابي. ذلك أن الديموقراطية النقابية هي التي تطرح بوسائلها وتوجهاتها نطاقا للحماية لكل لقوة العمل -أي كان موقعها- جوهر مصالحها، وينفض عن تجمعاتها عوامل الجمود.

وهي كذلك مغترض أولى لوجود حركة نقابية تستقل بذاتها ومناحي نشاطها، فلا تتسلط عليها جهة إدارية؛ ولا تعلق تأسيسها على إنشائها؛ ولا تتدخل في شئونها بما يعوقها عن إدارة نشاطها؛ ولا تحل نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه هي أكمل لتحقيق مصالح أعضائها؛ ولا تقرض وصايتها عليها.

وليس لها أن تقرر إنهاء وجودها عقابا لها؛ ولا أن تفصل بنفسها في صحة التنظيم النقابي أو بطلانه كشرط سابق على بعثه إلى الحياة، ولا أن تؤثر في حق الاقتراع داخل النقابة لتقوض تنظيماتها حتى لا ينفرد بمناصبها المختلفة على تبليين مستوياتها، الأحق بها.

وإذا كان الاجتماع مع آخرين، ضرورة يقتضيها تنظيم الأفراد لنشاطهم فلا تتعثر جهودهم، بل يكون نكلتها طريقا لتتمق الحقائق على اختلافها بما يحول دون كتمانها أو التجهيل بها، أو تقليص دلالتها؛ وكانت حرية الاجتماع ذاتها؛ هي التي ينزع عنها حقهم في بناء تنظيم مشنوع

يضمهم -سياسيا كان لم نقابيا - فقد تعين ألا تفرض السلطة التشريعية على حرية الاجتماع قيودا في نطاق تنظيمها، إلا بقدر حدة هذه المصالح التي وجهتها لتقريرها، وبافتراض مشروعيتها.

يؤيد هذا النظر أن الأصل في التنظيم النقابي أن يكون منفتحا لكل الآراء، قائما على فرص حقيقية لتداولها وتفاعلها، بما يوفق بينها قدر الإمكان أو يبدلها بغيرها. فلا يكون العمل النقابي إملاء أو التواء، بل توافقا في إطار المسؤولية، وإلا كان مجاوزا للحدود التي ينبغي أن يترسعها
Ultra Vires Actions.

وهذه القيم التي يربعاها للتنظيم النقابي، هي التي كرسها الدستور بنص المادة ٥٦، والتي تحتم أن يكون هذا التنظيم قائما وفق مبادئ ديموقراطية يكون القانون كافلا لها، توكيدا لأهمية وخطورة المصالح التي يمثلها، وعمق لتصالها بالحقوق المقررة قانونا لأعضائها.

فلا ينحاز العمل النقابي لمصالح جانبية لبعضهم محدودة أهميتها، بل يكون تقديما بالضرورة، متبينا نهجا مقبولا من مجموعهم، وقابلا للتغيير على ضوء إرادتهم.

بيد أن حق النقابة في تكوينها وفق أسس ديموقراطية، وكذلك إدارتها لشؤونها بما يكفل استقلالها، ويقللها في الدفاع عن مصالح أعضائها، وتطويرها للقيم التي يدعون إليها في إطار أهدافها، ووعيها بما ينبغي، ومراجعتها لمسلوكهم؛ لا يخولها العنوان على حقوق كفلها الدستور، ويندرج تحتها حق كل عضو فيها في التعبير عن الآراء التي يريد إقناع الآخرين بها حتى لا تفرض الأغلبية -بحكم موقعها أو سيطرتها- آراءها على المخالفين لها.

ذلك أن أعضاء النقابة جميعهم شركاء في تقرير أهدافها، وصوغ نظمها وبرامجها، وتحديد طرائق تنفيذها، بما في ذلك وسائل تمويلها، فلا تكون السيادة إلا لجموعهم، ولا ييسط غريب عنها سيطرتهم على شأن من شؤونها. وشرط ذلك ضمان تعدد الآراء داخل النقابة، وتراحمها فيما بينها، واتساع آفاقها وتعدد مصادرها، وأن تتخذ النقابة قراراتها على ضوء لفتتاع أعضائها بها وقدر تحقيقها لمصالحهم بما يجعل قراراتها هذه بأيديهم.

ذلك أن مفهوم الحرية ليس سلبيا، ولا واقعا وراء جدران مغلقة، ولا منفصلا عن إرادة الاختيار، ليفاضل العمال بين البدائل على ضوء مفاهيم الحق والعدل من منظور اجتماعي، وبما

بشكل سعيهم لضمان الحقوق التي تنصل بموالتهم، سواء في جوهر بنيانها، أو من خلال دعم وسائل الدفاع عنها^(١).

وهذه الحرية النقابية التي تصونها المحكمة الدستورية العليا، هي التي تكفل استقرار العمال وتطوير أوضاعهم، ويعتبر ضمانها لازماً لمواجهة كل إخلال بها، وبوجه خاص لرد خطرين عنها لا يتعدان في آثارهما، ويتأتيان من مصدرين مختلفين:

ذلك أن المنظمة النقابية ذاتها قد تباشر ضغوطها في مواجهة العمال غير المنضمين إليها لجذبهم لدائرة نشاطها، توصلاً لأحكام قبضتها على تجمعاتهم.

وقد يتدخل رجال الصناعة والتجارة في أوضاع الاستخدام في منشآتهم، أو بالتهديد بفصل عمالهم، أو بمساغلتهم تأديبياً، أو بإرجاء ترقيةاتهم، لضمان انصرافهم عن التنظيم النقابي، أو لحملهم على التخلي عن عضويتهم فيه.

ويظل سبباً القبول بأن الحرية النقابية، وديموقراطية العمل النقابي، تقتضيان أن تفرض المنظمة للنقابية أشكالاً من الرقابة الذاتية على الكيفية التي تباشر بها نشاطها، وبما لا يخل بأهدافها، ليكون تقييمها لنواحي القصور فيه، موضوعياً، يعتمد على وسائل تحليلية موثوقة بها.

كذلك فإن حق العمال في تكوين المنظمة النقابية، وكذلك حرية النقابة ذاتها في إدارتها لشئونها، ومساغلتها لأعضائها عما يقع منهم مخالفاً لنظمها، لا ينفصلان عن انتهاجها الديمقراطية أسلوباً وحيداً ينسبط على كافة صور نشاطها، ويكفل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المعيّدين بها.

على أن المنظمة النقابية العمالية -ويلنظر إلى طبيعة تكوينها وخصائص نشاطها، ونوع الأغراض التي تتوخاها- كل ذلك جعلها من أشخاص القانون الخاص، ليحكم هذا القانون نشاطها ويضبط تصرفاتها، ولو كان المشرع قد منحها جانباً من خصائص السلطة العامة وامتيازاتها. ذلك

(١) "دستورية عليا" -القطعة رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ -مادة رقم ٢٦ -ص ٤٦٣ وما بعدها من الجزء السابع.

أن وسائل السلطة العامة التي تمارس المنظمة النقابية العمالية بعض جوانبها، لا تحيلها إلى جهة إدارية في مقوماتها، ولا تلحقها بها، أو تكمجها فيها.

ولا يجوز في أية حال، أن تنقض النقابة -ولو بالتزعم بخدمة مصالحها وتقوية نشاطها- حرية التعبير التي تمثل في ذاتها قيمة عليا لا تنفصل الديمقراطية عنها، وترسيها الدول قاعدة لبنيان مجتمعاتها، ولضمان تفاعل مواطنيها معها.

ذلك أن لحرية التعبير أهدافها التي يتصدرها بناء دقرة للحوار العام لا تنحصر مصادرهما ولا آفاقها، ولا أدواتها التي تتعدد معها مراكز اتخاذ القرار؛ وتنتم بتسامحها مع خصومها؛ ويرفضها لكل قيد يخل بمصداقيتها؛ وتستجابتها بالإقناع لإرادة التغيير.

بما مژده أن الآراء على اختلافها لا يجوز إجهاضها، ولا مصادر أدواتها، أو فصلها عن غاياتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها منافية لقيم محدودة أهميتها يروجونها، أو يحيطون ذبوعها بمخاطر يدعونها، ولا يكون لها من وضوحها وواقعها، ما يسبرر القول بوجودها. كذلك فإن حرية التعبير هي الطريق إلى إيماء الشخصية الإنسانية بما يكفل تحقيقها لذاتها، والإسهام في أشكال مختلفة من ألوان الحياة ومظاهرها.

وكلما تدخل المشرع بلا ضرورة، لتقييد عرض آراء بذواتها بقصد طمسها بالنظر إلى مضمونها Content - based abridgments، كان ذلك إصماتاً مفروضا بقوة القانون في شأن موضوع محدد انتقاء المشرع لتحيزاً، مائلاً بالقيم التي تحتضنها حرية التعبير عن متطلباتها التي تكفل تدفق الآراء واستبائها بغض النظر عن مصادرها أو محتواها، ودون ما اعتداد بمن يتلقونها أو يطرحونها، وبمراعاة أن الحق في الحوار العام، يفترض تساويها في مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن إكراه البعض على القول بآراء يعارضونها أو حملهم على تبنيها، لا يقل مسوءاً عن منعه من التعبير عن آراء يؤمنون بها أو يزوجون لها.

وهو ما يعنى أن للصر على اعتناق بعض الآراء، أو إقناع غيرها، موطنان تناقضان مفهوم حوار يقوم على عرض الأفكار وتبادلها والإقناع بها.

كذلك فإن موضوعية الحوار، شرطها شفافية العناصر التي يدور الجدل حولها، بما يحول دون حجبها أو تشويهها أو تزيفها.

وتعلق مفهوم الحوار بالقبول براء أو برفضها بعد موازنتها ببعض، وعلى ضوء حقائقها وإعمال حكم العقل بشأنها، موداه أن كل أقوال تتقدم معها فرص الحوار، كذلك التي تحرض على استعمال القوة أو تستثير نوازع العدوان عند من يتلقونها إضرارا بالآخرين، لا يجوز إسنادها إلى حرية التعبير، وذلك بالنظر إلى لفترتها بمضار لا يجوز للقبول بها، ولأن مفهوم عوض الآراء في سوق مفتوحة لتلقيها وتقييمها، لا ينبسط عليها.

كذلك فإن النظم الانتخابية جميعها، غايتها أن يكون التمثيل وفقا لأحكامها متكافئا قدر الإمكان، وعرض المرشحين لأرائهم متولزنا، وللنفاذ عنها مكفولا.

وانتسابهم إلى منظمة بذاتها، يفترض دعمهم لأهدافها في إطار الحوار والإقناع؛ وإعلانهم كذلك مصادر تمويل حملتهم الانتخابية، ومعدل الإنفاق فيها؛ ويخول المشرع كذلك تنظيم زمن حملتهم هذه، ومكان إجرائها، بقصد ضبطها، وبغير إخلال بحريتهم في التعبير عن آرائهم، ودون تقييد لمضمونها.

وتدخل المشرع بما ينال من فرص الناخبين في الإدلاء بأصواتهم، لا يقل سوءا عن حرمان بعضهم أصلا -دون مصوغ- من حق الاقتراع.

كذلك فإن الشروط التي يفرضها المشرع اعتسافا ليحدد بها من يكون مقبولا من المرشحين الذين يخوضون الحملة الانتخابية، تنعكس ملبا على فرص تعبير الناخبين عن رغباتهم من خلال أصواتهم.

فلا يكون لها فعاليتها في شأن اختيار من يطمنون إليهم، وعلى الأخص في إطار نظم نقابية تتعدد حقائقها، وتكثُر مستوياتها، وتكفل اتصال بعضها ببعض بما يصون ترابطها.

إذ كان ما تقدم، وكان حق العمال في المنظمة النقابية في الاقتراع والترشيح سيفترض انتسابهم إليها من خلال عضويتهم الثابتة بها- وكان تعدد الآراء داخل كل منظمة نقابية، مساعدة لكل تنظيم ديمقراطي، لا يقوم إلا بها؛ ولا يتم الحوار المفتوح إلا في نطقها؛ فإن تطبيق حق

العامل بها في التشريع لعضوية مجلس إدارتها، على شروط فوات عام على قيده بها، يكون مخالفا للمستور^(١).

الفرع الثامن

حق الحصول على العمل

٢٤٤- تدبر الدولة فرص العمل لمواطنيها في نطاق خدماتها الاجتماعية التي يرتبط ضمانها بمواردها وإمكاناتها الذاتية، كي توفر خدماتها هذه بصورة متدرجة ووفق قدراتها، وعن طريق تدخلها إيجابيا لصونها.

ولا كذلك موقفها من الحقوق السلبية - كالحق في الحياة وفي الحرية - التي يكتفيها لصونها مجرد الامتناع عن التدخل في نطاقها، بما يقيد أو يعطل أصل الحق فيها.

ولئن صح القول بأن الحقوق المدنية والسياسية، لا يمكن فصلها عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سواء في مجال توجهاتها أو عموم تطبيقاتها، وأن النوع الأول من الحقوق يعتبر مدخلا لثانيهما، وشروطا لتحقيق وجوده عملا، إلا أن الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق، تكمن في أصل نشأتها، وعلى ضوء مراميها.

ذلك أنه بينما تعتبر الحقوق المدنية والسياسية، من الحقوق التي تملوها أدمية الإنسان وجوهده، إلى حد وصفها بخصائص بنى البشر، أو إدراجها في إطار الحقوق الطبيعية الأسبق

(١) يرجع في كل ما تقدم، القضية رقم ٨٣ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ٩٢ - ص ١٢٦٢ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٨٤ - ص ١١٧٥ - وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٦ - ص ٤٦٣ - ٤٦٥؛ والقضية رقم ١٨٠ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٧ - ص ١٤١٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن لمبدأ الحرية الثقافية La liberté syndicale قيمة دستورية وفقا لقضاء المجلس الدستوري الفرنسي 49.R.p. 1983، 20 - 19 D. C. 83 - 162. ويتبنى هذا المجلس كذلك مبدأ مشاركة العمال في التحديد الجماعي لشروط العمل وإدارة المشروعات.

Le principe de la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises [C.C. 77 - 79 D.C.. 5 Juillet 1977, R.p. 35].

وجودا من تكوين الجماعة التي ارتبط بها، فلا تتكامل شخصيته، ولا يوجد سويا بدونها، ولا يحبا إلا بالقيم التي تشكلها؛ فإن ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للإنسان، توخى دوما تطوير أوضاع البيئة التي تواجد فيها مستظلا بها، ليعيد تكوين بنيانها، عبر الآفاق الجديدة التي تتفتحها.

وهي بحكم طبيعتها هذه، تتصل حلقاتها عبر الزمن، وعلى امتداد مراحل لا تفرسها الأهواء. بل تقررها الدول على ضوء أولوياتها. ويمرعاة مولدها.

وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن الحقوق المدنية والسياسية -وبالنظر إلى قدمها واستقرارها في الوجدان- لا يجوز النزول عنها، ولا للتخلي عن مباشرتها، ولأن يتعلق تقدم بها^(١)؛ وأن الفرد ما توخى بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية -التي تتأهض الفقر والجوع والمرض بوجه خاص- غير طلبها لتطوير الأوضاع التي يعايشها بما يحقق رخاءه وخيره العلم؛ إلا أن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية -بحكم طبيعتها هذه- يستحيل ضمانها لكل الناس في آن واحد. بل يرتبط تحقيقها في بلد ما بظروفها وقدراتها ونطاق تقدمها، وعمق مسؤوليتها قبل مواطنيها، وإمكان نهوضها بمطالباتها.

ولا تنفذ هذه الحقوق بالتالي فور طلبها؛ بل تنمو وتتطور وفق تدابير تمتد زمنا، وتتصاعد تكلفتها بالنظر إلى مستوياتها وتبعات لنطاقها، ليكون تبخل الدولة بصفة إيجابية في شأنها، متتابعاً؛ واقعا في أجزاء من إقليمها؛ منصرفا لبعض مدنها وقراها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مظلتها على المواطنين جميعهم. ذلك أن مسؤوليتها عنها، مناطها إمكاناتها، وفي الحدود التي تتيحها، ومن خلال تعاون دولي أحيانا^(٢).

(١) انظر في ذلك المادة الأولى من الدستور الفرنسي لعام ١٧٩١ التي تضمني بأن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تشرع أية قوانين يمكنها أن تخل أو تعرقل مباشرة الحقوق الطبيعية والمدنية التي يكفلها الدستور.

le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte ou mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils garantis par la constitution.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية "دستورية"- جلسة ٢ مارس ١٩٦٦ -قاعدة رقم ٣٠ -ص ٥٠٦- ٥٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

الفرع التاسع

معاش العامل ليس بديلا عن أجره

٢٤٥- لا تعتبر أجور العمال بديلا عن معاشاتهم، ذلك إن الالتزام لا يكون بديلا إلا إذا قلم المحل البديل فيه مقام المحل الأصلي. وهو بذلك يفترض مدينا واحدا تقرر البديل لمصلحته، وتبرأ ذمته إذا أداه بدل المحل الأصلي. ولا كذلك لاجتماع الأجر والمعاش. ذلك إن الجهة التي يقع عليها الالتزام بتقديم المعاش، غير تلك التي تقدم الأجر، ولا يحل أحدهما محل الآخر بالنظر إلى اختلافهما مصدرا وسببا^(١).

فالحق في المعاش مصدره المباشر نص القانون، وتلتزم الجهة التي تقرر عليها، بأن تؤديه إلى المؤمن عليه عند انتهاء خدمته وفقا للنظم المعمول بها. وهو يستحق عن مدة خدمة سابقة أداها العامل بالجهة التي كان يعمل لديها قبل إحالته إلى التقاعد، ومقابل حصص أداها في التأمين الاجتماعي وفقا للقواعد التي تقرر المعاش بموجبها، وتحدد مقداره على ضوءها.

وذلك خلافا للأجور التي تعتبر رابطة العمل، المصدر المباشر للحق فيها، والتي تستحق عن عمل جديد أداه العامل بعد تقاعده، في الجهة التي لحقق بها. فلا يكون هذا العمل إلا سببا لاستحقاق تلك الأجور، وباعثه إلى التعاقد مع الجهة الجديدة.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٤ - ص ٥٠١ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٥٢ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٥٧ من الجزء الثامن. وقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي كذلك قاعدة الجمع بين معاش التقاعد وأجر العمل المهني.

Commune de pension de retraite et de revenus d'une activité professionnelle [C.C. 85-200 D.C., 16 janvier 1986. R.p.9].

الفرع العاشر حماية صحة العامل وأمنه الاجتماعي

٢٤٦- ويندرج في إطار الشروط الموضوعية للعمل، ضمان حق العمال في الرعاية النفسية والصحية والوظيفية. وكذلك الحق في تعليمهم وتدريبهم وتأهيلهم بما يطور من ملكاتهم وقدراتهم. فضلا عن الحق في ضمان أمنهم اقتصاديا واجتماعيا^(١).

وإذ كان حق العمل وثيق الصلة بالملكية وبالحرية الشخصية، وبالحق في الإبداع كلما كان العمل ذهنيا؛ وكان الدستور قد حرص على صون هذه الحقوق جميعها، وحظر تقييدها بغير مسوغ مشروع؛ وكان حصول أعضاء الهيئات القضائية على المبالغ الشهرية الإضافية المكملة لمعاشاتهم الأصلية، يعتبر ضروريا لضمان الحد الأدنى من احتياجاتهم؛ فإن الحق في اقتضاء هذه المبالغ الشهرية الإضافية، لا يجوز أن يعلق على شرط استنفاع العضو عن العمل بعد تقاعده، وذلك لأمرين أولهما: أن الحق في العمل من الحقوق التي كفلها للدستور فلا يجوز هدمها. ثانيهما: أن حرمان عضو الهيئة القضائية بعد تقاعده من العمل، مؤداه أن يركن إلى حياة راكدة مغلفة تتهدم بها تلك القيم التي تلو بقدرة، وتؤكد لبقائه ويعتبر بتخلفها طاقة عاطفية تفرس أعباءها على غيرها^(٢).

الفرع الحادي عشر حقيقة ونطاق حق العمال في المكاسب الاشتراكية

٢٤٧- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا أن الدستور وإن كفل للعمال بنص المادة ٥٩، حقهم في مكاسبهم الاشتراكية، على تقدير أن دعمها والحفاظ عليها يعتبر واجبا وطنيا؛ إلا أن هذه المادة ذاتها قصرت عن بيان الحقوق التي تشملها مكاسبهم هذه، ولم تحل حتى إلى قانون لتحديدتها.

فلا يكون الدستور كافلا للعمال غير تلك الحقوق والمزايا التي نص عليها، والتي يتساوون في طلبها، وبشرط أن تقابل هذه الحقوق والمزايا بواجباتها، وألا تنساق عليهم بغير جهد منهم بقلربنا ويعادلهما، وإلا أخل اقتضاؤها بالثروة القومية وأضر بها بصورة فادحة.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٤٤ من الجزء السابع.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢٩ - ص ٥٧٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

وهو ما تؤيده ديباجة الدستور ذاتها التي تقرر بأن التطوير الدائم للأوضاع الحياة في الوطن، ينبغي أن يكون نهجا متواصلا وعملا دعويا، مرتبطا بإطلاق الجماهير لطاقتها وملكانتها، فلا يكون إسهامها حضاريا وإنسانيا إلا عن طريق العمل وحده.

ولئن حدد الدستور بنص المادة ٢٣، الأغراض التي ينبغي أن تتوخاها خطة التنمية، ومن بينها زيادة فرص العمل، وتقرير حدين للأجور لا تقل فيه عن أناسهما، ولا تربو به على أعلاهما، ضمانا لتوازن الدخول وتقريبها فيما بينها؛ إلا أن هذه المادة ذاتها تقيم رابطا وثيقا بين الأجر والإنتاج، فلا يكون الأجر ومزاياه، إلا من ناتج للعمل ويقدره.

وتردد المادة ٢٦ من الدستور هذا المعنى كذلك من خلال ضمانها للعمال نصيبا في إدارة مشروعاتهم وفي أرباحها، بقرن بالتزامهم بتنمية الإنتاج والمحافظة على أدواته، وتنفيذ الخطة الاقتصادية داخل وحداتهم وفقا للقانون.

وهو ما يعني أن للحقوق أسبابها وأدواتها وشرائطها، فلا يكون طلبها لازما إلا باستيفائها.

ولقد حرص الدستور بالنصوص التي تضمنها، على أن تكون التنمية طريقا وهدفا، وأن تكون وسائلها أعون على إنفاذها، وأن يكون التكامل بين مراحلها وعيا عميقا.

بل إن ديباجة الدستور تؤكد أن قيمة الفرد -التي ترتبط بها مكانة الوطن وقوته- مردها إلى العمل، وأن النضال من أجل الحرية يقتضي أن يكون دور المواطنين في تثبيتها فاعلا.

وإذا صح القول بأن الحرية السياسية والحرية الاقتصادية متكاملتان، فإن العمل -وكما كان مبرءا من الاستغلال- يصير طريقا لتحرير الوطن والمواطن. ولا يجوز بالتالي أن يقرن بمزايا لا يرتبط عقلا بها.

وإذا كان ما تقدم هو الشأن في الحقوق والمزايا التي كفلها الدستور للعمال بنصوص صريحة لا لبس فيها؛ فإن ما يقرره المشرع للعمال من حقوق ومزايا لا نص عليها في الدستور، مرجعها إلى سلطته التقديرية، ولازمها أن يكون بيده وحده -ووفق شروط موضوعية- أمر إيقاها أو إلغاها^(١).

(١) "ستورية عليا" -القبضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية "مستورية"- جلسة أول فبراير ١٩٧٧ -قاعدة رقم ٢٣- من ٣٦٤ وما بعدها من الجزء الثامن.

المطلب الرابع

قانون الأحوال الشخصية

٢٤٨- يتحدد الإطار العام لهذا القانون -وعلى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا- في عدد من المسائل التي واجهتها، وعلى الأخص تلك المتعلقة بنطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور؛ وحدود الاجتهاد في مسائل الشريعة الإسلامية؛ ونطاق سلطة ولي الأمر في ذلك.

فضلاً عن القواعد التي أرسنها هذه المحكمة، لتوحد بها بين الأمرين المسلمة والقطبية فيما لا يخل بركائز العقيدة لكل من هاتين الشريعتين.

الفرع الأول

نطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور

٢٤٩- شجر النزاع حول دلالة نص المادة الثانية من الدستور بين المعنيين بتطبيق الشريعة الإسلامية لتحكم الحياة القانونية في مصر؛ وبين الذين يعارضون هذا التطبيق، أو على الأقل لا يضعونه موضع الإلزام.

وتردد هذا النزاع بين نظريتين رئيسيتين؛ تعطى أولاهما: مبادئ الشريعة الإسلامية قوة مطلقة كي تحكم النصوص القانونية جميعها، حتى ما كان منها سابقاً على العمل بنسب المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها. بما يقتضاه أن ترد إليها الأحكام العملية جميعها، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها أو إطرأها، إذ هو ملزم بتحريها حتى لا ينقضها أو يعارضها. ولا مجال بالتالي للقول بأن الرجوع إلى مبادئ هذه، قد كُفي في مقام الإرشاد والتوجيه^(١).

ونقرر ثانيتهما: أن مبادئ الشريعة الإسلامية غير نافذة بذاتها، وأنها في حقيقتها دعوة إلى المشرع كي يوفق معها النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها. وهي بعد دعوة يتمهل فيها

(١) د. عوض محمد عوض-ترامات في الفقه الجنائي الإسلامي- ص ٩٢ من الطبعة الثانية المصانة عام ١٩٨٣ من دار البحوث الطبية للنشر والتوزيع بالكويت.

ونظر كذلك الدكتور/ أسى جمال الدين. في مؤلفه تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ص ١٤٨ من طبعة ١٩٨٦ - منشأة المعارف بالإسكندرية. وكذلك الدكتور/ عبد القاصر توفيق العطار - منخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية طبعة ١٩٧٩ ص ١٥٥.

على ضوء أوضاع الجماعة وظروفها. فلا يقبل عليها إلا بقدر، وفي صورة مترجمة كي يكون التغيير متعلّق الخطى.

ولأساس ذلك أن هذه المبادئ لا ترقى عند هؤلاء إلى قوة القواعد القانونية الملزمة، إلا إذا تدخل المشرع وقبّلها. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بأن النصوص القانونية القائمة تنطّل معمولاً بها ولو شابها عوار مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك إلى أن يتدخل المشرع لتغييرها بما يطهرها من عيوبها^(١).

٢٥٠- ولم تقبل المحكمة الدستورية العليا أي من هذين المنهجين. وذلك لأمرين:

أولهما: أن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية في شأن النصوص القانونية جميعها، ما كان منها سابقاً أو لاحقاً على تعديل نص المادة الثانية من الدستور، يناقض ما قصده المصنّف من إيرادها. ذلك أن مصدر الشيء يتقدّم وجوده ولو بلحظة زمنية قصيرة. ومصادر الحقوق هي وقائعها التي تنشئها، أو هي أسبابها التي تنتجها. وهي بذلك تتقدّم الحقوق التي تولدت عنها، مثلها في ذلك مثل من يردون بئراً للمسيّ، إذ يتعيّن أن يكون موجوداً قبل توجيههم إليه.

وإذا كان نص المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها يقضى بوجوب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما نقره أو تصدره السلطان التشريعية أو التنفيذية من النصوص القانونية، فإن هذه المبادئ - وقد جعلها الدستور مصدراً لهذه النصوص - تعتبر قديماً عليها من وقت اعتبارها منها لها في ٢٢ مايو ١٩٨٠.

ولا كذلك للنصوص القانونية السابقة على تعديل نص المادة الثانية من الدستور. فلم تلزمها هذه المادة بالرجوع إلى تلك المبادئ كي تستقي أحكامها منها، أو حتى لا تخرج - على الأقل - في مضمونها عنها.

(١) اعتكفت المحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه في الحكم الصادر عنها في ٣ أبريل ١٩٨٢ في الطعن المرفوع إليها والمقيد بجدولها تحت رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ القضائية. انظر في عرض دلائل نص المادة الثانية على الدستور تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٣ القضائية للمستشار الدكتور/ عوض المر وكذلك ص ٢٢١ وما بعدها من رسالة الدكتوراه للمستشار بالمحكمة الدستورية العليا الدكتور/ عادل عمر شريف، وعنوانها القضاء الدستوري في مصر.

ثانيهما: أن الدستور لا يصوغ أحكامه على سبيل التخيير بين القول بها أو طرلها. وإنما تحل جميعها إلى قواعد أمره تفرض نفسها على الدولة والكافة وفق مضمونها وفي حدود أغراضها. وبطل النصوص التشريعية التي تصدر على خلافها، قلما إلى أن تبطلها المحكمة الدستورية العليا، فلا يقع ذلك الفراغ التشريعي الذي يتخوفونه، وعلى الأخص بالنظر إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية تغاير في مضمونها مطلق أحكامها. إذ ترد هذه المبادئ في بنائها إلى كل قاعدة شرعية كلية لا نزاع في مصدرها أو دلالتها.

ويتعين بالتالي التمييز بين مبادئ الشريعة الإسلامية من جهة؛ وبين أحكامها التفصيلية التي اجتهد الفقهاء في بيانها. فأصابعهم أو جانبهم التوفيق في عرضها. ذلك أن الاجتهاد إعمال لحكم العقل فيما لا نص فيه، أو فيما ورد به نص يحتمل التأويل. ولا كذلك مبادئ الشريعة الإسلامية القطعية في ثبوتها ودلالتها.

وعلى ضوء هذين الاعتبارين، قررت المحكمة الدستورية العليا أن حكم المادة الثانية من الدستور -بعد تعديلها في ٢٢ مايو ١٩٨٠- يدل على أن الدستور فرضها كتقييد على المشرع في شأن النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها بعد هذا التعديل، كي لا تناقض هذه النصوص -في مضمونها- القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية التي تمثل ركائز بنائها. وهى أصولها الثابتة التي لا يجوز تحريفها، والمقطوع بثبوتها ودلالتها، والتي لا تقبل اجتهدا يحلها أو يحورها، بالنظر إلى علوها على كل قاعدة تشريعية تعارضها^(١).

على أن يكون ملحوظا أن تنقية السلطة التشريعية للقوانين القائمة مما يشوبها من عوار خروجها على أصول الشريعة ومبادئها الكلية، ليس مشروطا لإعمال نص المادة الثانية من الدستور. وإنما اقترن تعديل هذه المادة، بدعوة السلطة التشريعية إلى أن تأخذ هذه المهمة على

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧-قاعدة رقم ٤٦ -ص ٦٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧-قاعدة رقم ١٥ -ص ٢٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٦ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ١١/١١/١٩٩٦ -قاعدة رقم ١١ -ص ١٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٥/٧/١٩٩٧-قاعدة رقم ٤٦ -ص ٦٣٩ وما بعدها من الجزء الثامن.

عائقها، وبحثها على أن تواليها اهتمامها؛ وإن كان تسلبها عن مباشرة هذا الاختصاص يثير بالضرورة مسئوليتها السياسية.

الفرع الثاني

انفتاح الاجتهاد في المسائل الشرعية الخلاقية

٢٥١- لم تكن الدعوة إلى قتل باب الاجتهاد في الشريعة الإسلامية عملاً صائباً ولا نهجاً حميداً.

ذلك لأن الأحكام العملية جميعها متطورة بالضرورة لأنها تواجه الناس في احتياجاتهم المتغيرة ومصالحهم المختلفة.

فلا تكون موالة النظر فيها، غير تطوير للشريعة الإسلامية بكل مرونتها ويعطيها روافد جديدة تصلحها لمواجهة النوازل على اختلافها؛ وتأخذ بكل مصلحة معتبرة شرعاً، فلا تسقطها من حسابها لمجرد أن الأقدمين أغفلوها، أو لم يقيموا لها وزناً. وفي ذلك ضمان لتجدد الشريعة وتنفق بنابيعها إرواء لأرض عطشى إلى اجتهاد يبسر على الناس لحوائجهم، ولا يوقعهم في الحرج.

وما الاجتهاد غير إعمال لحكم العقل فيما لا نص فيه؛ وهو كذلك ليس تثبيهاً أو إنكاراً لما علم من الدين بالضرورة. بل نظراً عميقاً في الشريعة الإسلامية، واتصالاً بمقاصدها النهائية، واقتحاماً لمسائلها من خلال رد الأمر المنتزع إليه إلى الله ورسوله.

وهي بذلك لا تثقل جموداً يبقها عند لحظة زمنية بذاتها جاوز التطور مفاهيمها؛ ولا تقيداً بآراء بذواتها ليس لها من نفسها ما يعصمها من العتول عنها، ولا تصلباً عقيماً يتجاهل ما طرأ على الأوضاع القائمة من تغيير. فلا يكون ثباتها على حال واحدة لا تبديل فيها، غير نكول عن حق أولى بالاعتبار.

ولئن صح القول بأن أصول الشريعة الكلية ومبادئها الكلية، تبلور إطارها العام، وإنها تفرض نفسها على كل قاعدة قانونية على خلقها لتردها إليها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأحكام الظنية غير مقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو بهما معاً. فإن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها لضمان مرونة الشريعة وحيويتها، فلا تجمد معطياتها، أو تتحجر قواها.

على أن يكون مفهوماً أن الاجتهاد ليس قفراً في الفراغ، بل يتعين أن يكون واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة، كإفلاص مفاصلها النهائية بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والعقل والنفس والعرض والمال؛ متحرراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية التي تكون في مضمونها أرفق بالعباد، ولحلّ بشؤونهم، وكفل لمصالحهم الحقيقية التي تشرع الأحكام لتحقيقها، وبما يلائمها.

وليس الاجتهاد في أية حال محض تقليد لآراء الأولين، ولا اقتراء على الله كذباً بالتحليل والتحريم؛ ولا عزوفاً عن أحوال الناس والمصالح من أعرافهم، ولا نهياً على التأمل والتبصر في دين الله تعالى؛ ولا إنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد، وأن اجتهاد أحد من الفقهاء، ليس بالضرورة أحق بالاتباع من اجتهاد غيره.

ومن ثم صح القول بأن آراء الفقهاء على اختلافها، لا يجوز النظر إليها باعتبارها شرعاً لا بنقض، وإن ما يصلح منها لمواجهة الأوضاع المتغيرة، ليس بالضرورة أقواها حجة، بل قد يكون أضعفها تأصيلاً، أظلمها لمواجهة حالة قائمة؛ فلا يجوز إهداره، ولو كان مخالفاً لقوالا لفقهاء آخرين اطرد العمل بها في زمن معين.

الفرع الثالث

حق ولي الأمر في الاجتهاد

٢٥٢- ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية وربطها بمصالح العباد -عن طريق الأدلة الظنية والعقلية- حق لأهل الاجتهاد؛ فأولى أن يكون هذا الحق ثابتاً لولي الأمر يستعين عليه في كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها- بأهل النظر في الشؤون العامة، إخماداً للثائرة، وبما يرفع التنازع والتناحر، ويبطل الخصومة.

ويتعين دوماً أن يكون واضحاً في الأذهان أن اجتهادات السابقين، لا يجوز أن تكون مصدراً نهائياً وحيداً لسقاة الأحكام العملية منها.

بل يجوز لولي الأمر أن يشرع على خلافها، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مستلماً في ذلك حقيقة أن المصالح المعبرة، هي تلك التي تكون متلائمة مع مقاصد الشريعة، موافقة لها، ويشترط أن يرجح ولي الأمر عند الخيار بين أمرين، ليسرهما ما لم يكن إثمها، فلا

يشرع حكما يضيق على الناس، أو يرهقهم ويصر أمرهم إعمالا لقوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين حرج".

بما مؤده أن الاجتهاد حق لولى الأمر فى الدائرة التى شرع فيها، ليكون كافلا للشريعة تماسكها ومرونتها، واتصال أصولها بفروعها، وثمارها بجزورها بما يعينها على اكتمال نوائها. وليس لولى الأمر بالتالى أن يتخذ بأراء بذاتها لا يريم عنها، خاصة وأن الصحابة والتابعين، كثيرا ما قرروا أحكاما متوخين بها مطلق مصالح العباد، طلبا لنفعهم أو دفعا لضرر عليهم، أو رفعا لحرج يصيبهم(١).

الفرع الرابع

حضانة الصغير

٢٥٣- لأن أحال المشرع فى شأن الأحوال للشخصية للمصريين غير المسلمين -وفى إطار القواعد الموضوعية التى تنظمها- إلى شرائعهم معتزما تطبيقها دون غيرها فى كل ما يتصل بها؛ وكان الدستور قد أورد أحكاما رئيسية فى شأن الأسرة تؤكد أن الحق فى تكوينها لا ينفصل عن الحق فى صونها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدةها، أو يؤثر سلبا فى ترابطها أو فى القيم والتقاليد التى تنصهر فيها؛ وكان من المقرر كذلك أن الأسرة المصرية تحكمها قواعد وقيم لا تقطاع لجريانها بتصدرها إرساء أومنتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها؛ وكان ثابتا كذلك أن هذه الأسرة لا يصلحها اختيار من للحضانة لا يتحدد وفقا لتغير الزمان والمكان؛ ولا يقيمها كذلك انتزاع الصغير أو الصغيرة ممن لها عليهما حق الحضانة بما يروع المحضونين أو يختهم أو يشق عليهم؛ وكان لا يجوز إغفال الفروق الجوهرية بين المحضونين تبعاً لذكوريتهم أو أنوثتهم أو خصائص تكوينهم؛ ولأن يمايز المشرع فيما يتعلق بسن الحضانة -التي لا يتصل تحديدها بدائيتها ونهايتها، بأصول العقيدة وجوهر أحكامها- بين المصريين تبعاً لديانته؛ وكان الصغير

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٤٨ لسنة ١٤ قضائية دستورية- جلسة ٣ مايو ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٤١ - ٦١١ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٦ لسنة ١٩ قضائية دستورية- جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ -قاعدة رقم ١٠٢ ص ١٣٤٠ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية- جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٠ ص ٣٢٥-٣٥٣ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤١ ص ٥٦٩-٦٦١ من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٩٣ لسنة ٦ قضائية دستورية- جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٤٦ ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء السابع.

والصغيرة يحتاجان معا في شأن حضانتهم، إلى خدمة النساء وفقا لقواعد موحدة لا تميز فيها؛ فقد تعين أن يتحد المصريون في القواعد التي تحكم من للحضانة، والتي لا شأن لها بالأصول الكلية لعقائدهم على اختلافها. وإنما هي أوثق اتصالا بمصلحة الصغير أو الصغيرة للذين تضمهما أسرة واحدة، وإن بعد أبواما عن بعضهما البعض^(١).

الفرع الخامس

في مسائل الولاية على النفس

٢٥٤- تحديد من الولاية على نفس الصغير، وإن تعلق بالمسلمين من المصريين؛ وكان هذا التحديد أوثق اتصالا بمصلحة الصغير في مسألة لا تتصل بأصول العقيدة وجوهر بيانها؛ وكان لا يجوز في غير المسائل التي حسمتها نصوص دينية مقطوع بثبوتها ودلائلها، أن يمايز المشرع في مجال ضبطها بين المصريين تبعاً لديانتهم، تقيراً بأن الأصل هو تساويهم جميعاً في الحقوق التي يتمتعون بها وكذلك على صعيد واجباتهم؛ وكانت الأسرة للقطبية هي ذاتها الأسرة المسلمة فيما خلا الأصول الكلية للعقيدة كل مذهباً، تجمعهما القيم والتقاليد عونها، وإلى مجتمعهم يفيلون تعبيراً عن انصهارهم في إطار أمتهم، ونأيهم عن اصطناع القواصل التي تفرقهم؛ فقد صار لازماً ألا يمايز المشرع بينهم في مجال الولاية على النفس التي تتحد مراكزهم بشأنها، سواء في موجباتها أو حد انتهائها، وإلا كان هذا التمييز منفلتاً عن الحدود المنطقية التي ينبغي أن يترسمها، ومخالفاً بالتالي لنص المادة ٤٠ من الدستور، ومجاوزاً كذلك الحق في الحرية الشخصية التي يكون التماس وسائلها -ويندرج لنها الولاية على النفس تحتها- مطلباً لكل مواطن وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور.

وقد دل الدستور بالمواد ٩، ١٠، ١١، ١٢ على أن للجماعة مقوماتها الأساسية التي لا يجوز أن ينزعل بنیان الأسرة عنها، باعتبار أن تكوينها وصونها على امتداد مراحل بقائها، أكفل لوحدها، وأدعى لاتصال أفرادها ببعض من خلال روافد لا انقطاع لجريانها يتصدرها إرساء

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ -مجد تحديداً بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- على أن حق حضنة النساء تنتهي ببلوغ الصغير سن النشأة، وبلوغ الصغيرة اثنتى عشرة سنة. ويجوز للقاضي بعد هذه السن، إبقاء الصغير حتى في سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج، في الحاضنة، ودون أجر حضنة، إذا تبين أن مصلحةها تقتضى ذلك. وتتعلق هذه المادة بالمصريين من المسلمين، ولكن المحكمة الدستورية العليا طبقتها على المصريين جميعهم بغض النظر عن ديانتهم.

أمومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها؛ والتوفيق بين عمل المرأة في مجتمعها وواجباتها في نطاق أسرتها؛ وبراءة طليعها الأصل بوصفها الوحدة الأولى التي تكفل لمجتمعها تلك التقسيم والتقاليد التي يستظلون بها.

وهذه الأسرة ذاتها - يفيض النظر عن عقيدة أطرافها - لا يصلحها مباشرة الأولياء لولاياتهم على أنفس الصغار دون ما ضرورة، ولا مجاوزتهم مقاصد ولايتهم هذه بما يخرجها عن طبيعتها، ويمزجها بالولاية على المال في سبب نشوئها أو انتهائهما.

وإنما ينبغي أن يكون لكل من هاتين الولايتين دوافعها وشروط انقضائها، وشرط ذلك أن يكون للولاية على أنفس الصغار زمنها، فلا يكون بقاؤها مجاوزا تلك الحدود المنطقية التي تقتضيها مصلحتهم في أن يمارس أولياؤهم عليهم إشرافا ضروريا لتقويمهم، ولا أقل مما يكون لازما لاعتمادهم على أنفسهم في مجال الاتصال بالحياة، وولوج طرائقها واختيار أنماطها. ومن ثم يكون بلوغ الصغير بلوغا طبيعيا كافيا لزوالها، وإلا كان بلوغ لمن التي يتهيأ عندها لتكبير أمره، منهيها لها.

وتلك هي القاعدة الموحدة التي ينبغي لكل أسرة للترامها، ضمنا لترايطها واتساق نميجها مع مجتمعها^(١).

(١) "مستورية عليا" - للقضية رقم ٧٩ لسنة ٢٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/١٢/٦ - قاعدة رقم ١١-٢/٧٠

الفصل الحادي عشر

الرقابة القضائية على الدستورية

المبحث الأول

القواعد الكلية التي تحكمها

٢٥٥- ترتبط القواعد الكلية للرقابة على الدستورية، بالمفاهيم التي لا تتحول عنها الجهة القضائية التي تباشر هذه الرقابة، لتفصل على ضوئها في دستورية النصوص القانونية. إذ هبى معايير موحدة لا تتباين تطبيقاتها، ولا يتصور أن يثور حولها جدل ذو شأن، وأهمها:

أولاً: ضمان الوحدة العضوية لنصوص دستور

٢٥٦- نصوص الدستور لا تتهدم أو تتناثر ولا تتعزل عن بعضها. بل يضمها رباط منطقي يوفق بين معانيها، ويزيل شبهة تعارضها، ويكفل اتساقها والأغراض النهائية التي يقوم للدستور على تحقيقها.

وهو ما يرد نصوص الدستور إلى وحدة عضوية تتواصل أجزاؤها، ويفترض ذلك تأليفها في معانيها، وتضافرها في توجهاتها^(١).

ثانياً: وجوب التوفيق بين نصوص الدستور

في إطار تكاملها

٢٥٧- وإذا كان الأصل في نصوص الدستور هو كفالتها حقوق الأفراد وحررياتهم، فإن مساس الدستور بها لا يكون إلا بنص خاص فيه يفسر نصيراً ضيقاً. ومن ذلك أن ما تقرر في الدستور للعمال والفلاحين من مقاعد في المجالس التمثيلية لا يقل عن نصفها؛ ومن مصادرة لمال أسرة محمد علي؛ ومن قصر حق اللجوء إلى القاضى الطبيعي على المواطنين. ويتعين بالتالى تأويل نصوص الدستور هذه، بما يوفقها -ككلما كان ذلك ممكناً- مع أحكامه.

(١) "دستورية عليا" -قضية رقم ٢٣ لسنة ٢٥ ق "دستورية" -جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -القاعدة رقم ١٥ -ص ١٤٨ من الجزء السادس.

فالأصل في المواطنين هو تساويهم أمام القانون. فإذا أُنْزِلَ الدستور ميزة لبعضهم بما يقدمهم في شأنها على مواطنين آخرين، تعين تحديد المنتفعين منها بصورة دقيقة لضمان حصر دائرة تطبيقها في حدود ضيقة.

كذلك فإن ما يقرره الدستور من عدم جواز الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرارات مجلس قيادة الثورة التي تقضى بمصادرة أموال أسرة محمد علي، يناقض كفالة حق المواطنين في النفاذ المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، ويخل كذلك بحق أفراد هذه الأسرة على أموالهم التي تلقوها وفقاً للقانون. ولا توفيق بين هذه المصادرة والحقوق التي مستها، إلا من خلال النظر إلى هذه الحصانة باعتبارها تدبيراً استثنائياً يتقيد بمبرراتها. ولا يحوز بالتالي تطبيقها على حقوق الملكية التي كسبها أصحابها بطريق مشروع وفقاً للدستور أو القانون؛ ولا اعتبارها نكالا بأفراد هذه الأسرة من خلال مصادرة تحيط بأموالهم جميعاً، فلا يبقى منها بعدن ما يعولون عليه في معاشهم.

وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها المنطقي في إطار علاقة مفهومة تربطها على الأخص بأهدافها، فلا يكون تسليطها على هذه الأسرة نافيًا لوجودها، ولا مبرها حقاً في الحياة، ولا معطلاً جريان حقوق لا صلة لها بأموال يقال بأنها انتهت. ويندرج تحتها أموال لا شأن لهذه الأسرة بها، بل تلقاها عن غير طريقها أشخاص ينتمون إليها، أو اكتسبها أغيار لا يعتبرون من أعضائها. وهو ما يعنى موازنة المصادرة التي قررها الدستور في شأن أفراد هذه الأسرة، بحقوق الملكية التي كفلها للمواطنين جميعهم، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبدئية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بيلائها إلا إذا تحرر اقتصادياً من يطلونها، وكان بوسعهم بالتالي الاستقلال بشئونهم والسيطرة عليها^(١).

(١) "مستورية عليا" - القضائية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "مستورية" - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - المساعدة رقم ٦٢ ص ٩١٦ - ٩١٨ من الجزء الثامن؛ والقضائية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥١ ص ٧٩٢ - ٧٩٣ من الجزء الثامن. حيث رفضت المحكمة نفذ حقوق الملكية الخاصة التي كفلها للدستور والإخلال بحرماتها، بناء على ما ادعاه الطاعنون من قيام المجتمع على أساس التضامن الاجتماعي، ومن تأسيس النظام الاشتراكي الديمقراطي، على الكفالية والعدل.

ثالثاً: علو نصوص الدستور على ما سواها

ولامتناع ترجحها فيما بينها

٢٥٨- ويظل الدستور -ولما كان مضمون قواعده- مستتباً للنصوص القانونية جميعها إذا كان مدوناً جامداً، ولو كان رجعياً ولابد أفكار مذهبية عقيمة هجرها الزمن؛ أو كان قد أفرط فسى الحقوق التي كفلها للدولة في علاقتها بمواطنيها.

ولئن كان الدستور قانوناً بالمفهوم العام لكلمة القانون، إلا أن الدستور يعتبر قانوناً أساسياً يتصدر النصوص القانونية ويتقدمها حتى ما كان منها من طبيعة أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها^(١).

ونصوص الدستور هذه، لا تدرج فيما بينها، حتى لو قبل بتفاوتها في أهميتها.

ذلك أن أهميتها هذه، تقابل دورها في الحياة الاجتماعية. وهي تعمل مع غيرها من نصوص الدستور في إطار منظومة متكاملة تتناغم في قيمها وتوجهاتها؛ وتتعاون في تحقيق الأغراض النهائية المقصودة منها.

وتظل الحماية التي تكفلها لحقوق المواطنين وحرياتهم واحدة في درجتها ومنزلتها، وإمكان اقتضاها.

ولا كذلك النصوص القانونية الأدنى مرتبة من الدستور، إذ تدرج هذه النصوص فيما بينها، ليعلو بعضها البعض في إطار منظومة هرمية تنقيد فيها كل قاعدة قانونية بذلك التي تعلوها فسى مدارج هذه المنظومة، فلا تخرج عليها بل تعمل في إطارها^(٢).

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ ق/مستورية- جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ١٥ ص/ ١٤٦- ١٤٨ من الجزء السادس؛ والقضية رقم ١٣ لسنة ١١ ق/مستورية- جلسة ١٨ أبريل ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣١ ص/ ٢٨٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) "مستورية عليا" -القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق/مستورية- جلسة ١٩٩٧/٨/٢ -القاعدة رقم ٥١ ص/ ٧٩١ - ٧٩٢ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ ق/مستورية- جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ -قاعدة رقم ١٢ ص/ ١٥٠- ١٥١ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

وإذا كان الخروج على الدستور، يطرح بالضرورة "مستورية" النصوص القانونية المخالفة لأحكامه، فإن مجاوزة غير الدستور من الوثائق القانونية، يستتبع الفصل في مشروعية الخروج عليها.

ولكن صرح القول بأن نصوص الدستور لا تتمايز قانوناً أو تتفاضل فيما بينها، حتى مع تفاوتها في أهميتها العملية أو قيمتها الواقعية، وأن نصوص الدستور جميعها تنظمها قائمة واحدة في مرتبتها، إلا أن الحقوق والحريات التي كفلها لا تنفصل عن بعضها البعض. ذلك أن كل حق أو حرية يعتبر مدخلاً لغيره، أو موطناً لتقرير وسائل حمايته. وتشدّها إلى بعضها الأغراض النهائية التي تتوخاها. وتقتضى مجالاتها الحيوية تساندها فيما بينها، لتعمل جميعها في إطار القيم التي يحتضنها الدستور.

ومن ثم لا تتمايز نصوص الدستور فيما بينها، ولو قدم الدستور - في الطريقة التي رتبها بها - حقاً أو حرية بذاتها على غيرها^(١).

رابعاً: النظرة الأشمل لنصوص الدستور

في الطريق لفهمها

٢٥٩- لا يجوز أن يدور الفصل في المسائل الدستورية، حول جوانبها الجزئية، ولا أن يحوم حول أسوارها الخارجية دون نفاذ إلى أعماقها، ولا أن يفصل مقدماتها عن نتائجها، ولا فروعها عن أصولها، ولا أن يعمد إلى تجزئة نصوص الدستور، ولا إلى عزلها عن القيم الكامنة وراءها، أو الأغراض النهائية التي تتعاون على تحقيقها؛ ولا تحليلها بعيداً عن النظرة الأشمل لها على ضوء القضاء المقارن والحقائق التاريخية التي أخرجتها من رحمها.

فإذا استقام لجهة الرقابة على الدستورية فهم خصائص المسائل الدستورية المطروحة عليها، أعانها ذلك على تحديد نطاق الخصومة الدستورية، وحقيقة المطاعن المثارة فيها بصورة أدق، ونطاق المصلحة الشخصية التي وجهتها.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٦ لسنة ق "مستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٥١ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

وكما قرر الدستور قاعدة تعتبر أصلاً في المسائل التي تحكمها، كالنص في الدستور على الحق في الحياة وعلى ضمان الحرية الشخصية كأصلين يمنعان كافة القيود غير المبررة على البدن؛ ويرفضان معاملة الشخص بطريقة غير إنسانية؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ فإن فهم هذه الفروع جميعها وإعطائها دلالتها، يقتضى إرجاعها إلى أصل الحق في الحياة وفي الحرية للشخصية اللذين يحكمانها^(١).

كذلك، فإن النظرة الأشمل لنصوص الدستور، هي التي ترد إلى هذه النصوص جميعها، صور العوار المتعلقة بالنصوص للقانونية المطعون عليها. ذلك أن تحقق المحكمة الدستورية العليا من وجود صور العوار المدعى بها أو تخلفها، يقتضى أن تسلط عليها نصوص الدستور جميعها، حتى إذا بان لها خلو النصوص المطعون عليها، من كافة مظان عيوبها؛ حررتها من شبهة مخالفة للدستور.

خامساً: ما لا يدخل في تقييم دستورية النصوص القانونية

٢٦٠- تتحصر مخالفة النصوص للقانونية للدستور في صور بنواتها يندرج تحتها:

١- أن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يرتبط بما إذا كان المشرع قد صاغها وفق معيار مرن ضمناً لاتساعها لأوضاع تتباين ظروفها، لم أفرغها في صورة جامدة توحداً لفروض تطبيقها^(٢).

٢- تعدد الوثائق ذات القيمة الدستورية، لا يمنع من ضمها إلى بعضها. ذلك أن اجتماع حقوق المواطنين وحرياتهم في وثيقة واحدة، أو تفرقها بين وثائق متعددة، قد يكون مبرراً بالحقائق التاريخية، أو بغير ذلك من الأوضاع الخاصة التي قارنتها، بما في ذلك الوسائل الفنية لصياغتها.

(١) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ ق "دستورية" - جلسة ١٥/١١/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٦ ص ٩٦٧ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ٣٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٦/١١/١٩٩٦ - قاعدة رقم ١٢/١٢ ص ١٧٥ من الجزء الثامن.

ولا شأن بالتالى لهذه الحقائق أو الأوضاع أو الوسائل بمبررة هذه لوائح، ولا بوجوب الرجوع إليها، والتوفيق بينها^(١).

٣- تخلى السلطين التشريعية أو التنفيذية عن واجباتها أو تفرطها فسى مسئوليتها قبل مواطنيها، مؤداء تسلبها من تنظيم بعض الحقوق والحريات التى لا يكتمل الانتفاع بها بغير تدخلها. ويعتبر هذا الامتناع مخالفا لل دستور، ولو قيل بأن مسئولية تقويم ذلك الامتناع فى كل صورة- مردها إلى هيئة فلناخيين.

٤- ما تقضى به المادة ١٩٣ من الدستور من أن يبقى صحيحا ونافذا كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور، لا يتوخى غير مجرد استمرار العمل بنصوصها دون تطهيرها مما قد يشوبها من عوار يبطئها، وبما لا يحول دون تعديلها أو إلغائها وفقا للدستور^(٢).

٥- لا شأن لدستورية النصوص القانونية، بالكيفية التى يتم بها تطبيقها، ولا بالصورة التى فهمها بها القامون على تنفيذها^(٣).

٦- ليس لازما لتقرير مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها للدستور، أن تتجه إدارة المشرع إلى الخروج على أحكامه. وإنما يكفى لإبطالها، أن يكون خروجها على الدستور، مبناه خطأ السلطة التشريعية أو التنفيذية فى التقدير؛ أو سوء فهمها للدستور؛ بل ولو كان وقوع المشرع فى هذه المخالفة قد تم بطريقة عرضية غير مقصودة.

٧- لا شأن للرقابة على الشرعية الدستورية، بالمباشرة التشريعية التى استتمسبها المشرع لتنظيم أوضاع يواجهها، كلما كان تنفيذها -من خلال النصوص التى أقرها- لا يصادم حكما فى الدستور^(٤).

(١) دستورية عليا -ال قضية رقم ٣٥ لسنة ٩ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٤/٤/٤ -قاعدة رقم ١٦/٢٧ -ص ٣٤٤ من الجزء السادس.

(٢) القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية "دستورية عليا" -جلسة ١٩٧١/٣/٦ -قاعدة رقم (١) ص ٣ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة فى الدعاوى الدستورية.

(٣) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٣/٧ -قاعدة رقم ٤/٨٩، ص ٥ من الجزء الثامن.

(٤) "دستورية عليا" -ال قضية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق "دستورية" -جلسة ١٩٩٨/٣/٧ -قاعدة رقم ٥/٨٨ -ص ١٢١٢ -١٢١٣ من الجزء الثامن.

٨- للنصوص القانونية بواعثها التي لا يجوز أن تخوض فيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية. على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن بواعثها هذه كثيراً ما تختلط بالأغراض التي يتوخاها المشرع، لتحدد قدر أو درجة انحرافها عن المصلحة العامة. فلا يكون التحقيق في بواعثها تلك، غير دليل إما على سوء استعمال المشرع لسلطته، أو على تقيد به بضوابط مباشرتها.

٩- كذلك فإن احتكام المشرع لحكم العقل فيما يراه تنظيمياً تشريعياً موافقاً للدستور، قد يناقض التقدير القضائي لها. فلا يعتد بغير هذا التقدير في تقرير دستوريته.

١٠- يفترض إلغاء المشرع لنصوص قانونية بنواتها، أن تكون أداة إلغائها صحيحة وفقاً للدستور. فإذا قام الدليل على بطلانها بقضاء من المحكمة الدستورية العليا، لم يعد لها من أثر في مجال إنهاء العمل بالنصوص القديمة. وإنما تبقى على حالها، وتعامل بافتراض أن تغييراً لم يطرأ عليها^(١).

١١- إذا نظم المشرع من جديد الموضوع الذي سبق أن تقررت قواعده بتشريع سابق، اعتبر ذلك إلغاءً ضمناً للنصوص القديمة، لتحل محلها النصوص الجديدة من تاريخ العمل بها. وذلك عملاً بنص المادة الثانية من القانون المدني. فإذا كانت النصوص القديمة معيبة لمخالفتها للدستور، فإن شوائبها تنطوق بها وحدها، ولا تنسحب إلى النصوص الجديدة التي تستقل عنها، ولتي أحلها المشرع محلها^(٢).

١٢- تتعلق الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية بالنصوص القانونية التي قام وجهه لإبطالها بالنظر إلى مخالفتها الدستور. ذلك أن تعيينها لا يفترض ولو لم تقرها السلطة التشريعية أو تصدرها السلطة التنفيذية في الصورة التي يتوقعها المواطنون.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٨ لسنة ٦ ق "دستورية" - جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٣/١٠٥ - ص ٢٣٩٢ من الجزء الثامن.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٤ لسنة ١٢ ق "دستورية" - جلسة ١٢/٧/١٩٩١ - قاعدة رقم ٣/١٢ - ص ٧٤ من المجلد الأول من الجزء الثامن.

١٣- لا يجوز التمييز في مجال الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، بين شكلية جوهرية وأخرى ثانوية. ذلك أن الشكلية التي يقتضيها الدستور واحدة في أهميتها ودرجتها، وضرورة النزول عليها.

ويتعين بالتالي إفراغ هذه النصوص في قولها التي فرضها الدستور، وذلك حتى لا تنقصد خصائصها كقواعد قانونية تستمد صفتها هذه من قوة الإلزام الكامنة فيها. ذلك أن تجردها من هذه القوة يعدمها، ولو كان مضمونها موافقا للدستور.

ولا كذلك الشكلية التي يتطلبها القانون لاتخاذ إجراء معين. ذلك أن الإجراء ولو كان معيهاً، ينقلب صحيحاً بتحقيق الغاية من الشكلية التي يتطلبها المشرع فيه^(١).

١٤- لا يجوز إبطال النصوص القانونية الموافقة للدستور، ولو لم تلتزم قيماً تكميمه لارتضتها الأمم المتحدة لنفسها. بل ولو كان القانون المقارن يناهض هذه النصوص ويقرر عكسها، أو يفضل عليها غيرها. ذلك أن ما تراه بعض الدول من ثوابتها، يخصها وحدها، ولا شأن لسواها بها أيا كان قدر صوابها. فإذا فارقتها نظم إقليمية، تعين الرجوع إلى الدستور الذي يحكمها دون غيره. بشرط ألا تخل هذه النظم بالحقوق الجوهرية للإنسان.

سلسلاً: امتناع تقرير بطلان على بطلان

٢٦١- إبطال النصوص القانونية بحكم قضائي، مؤداه زوالها وانتهاء وجودها. ولا يتصور بالتالي تقرير بطلان جديد على شيء صار معدوماً، فالمسايط لا يعود.

ولا ينقسم البطلان أو يتجزأ حتى مع تباين أوجهه واختلافها فيما بينها.

إذ هو بطلان واحد محله النصوص القانونية التي تنطق بها. ولا تميز أوجهه أو روافده في نتيجتها، ذلك أن كلا منها يعتبر بذاته لإبطال النصوص القانونية المطعون عليها.

(١) دستورية عليا للقضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ ق "مستورية" جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٢/١٦ - ٢٦٦ من الجزء الثامن.

فلا يمتاز بطلان في طبيعته ودرجته وأثره، على بطلان آخر. فإذا اتصل وجهه للبطلان بنص قانوني، فقد هذا النص وجوده، وهمد نبض الحياة للقانونية فيه، ولا يتصور أن يجبا من جديد ليعلق به بطلان آخر.^(١)

سابعاً: امتناع تفسير الدستور في غير خصوصية قضائية

٢٦٢- تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصها بتفسير الدستور من خلال خصوصية قضائية تدخل في ولايتها، وتتصل بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها؛ وبشرط أن يكون إجراء هذا التفسير لازماً للفصل في المسائل التي تطرحها هذه الخصوصية. فإذا كان مجرد تفسير الدستور هو موضوع هذه الخصوصية، خرج هذا التفسير عن ولايتها.^(٢)

وتبدو خطورة تفسير الدستور كطلب قائم بذاته، في أن صدور هذا التفسير يقيد ليس فقط المحكمة الدستورية العليا، بل كذلك المحاكم جميعها خاصة وأن صدور هذا التفسير يمنعها من تعديله، ومن فهم الدستور وتطويله على ضوء الأوضاع المتغيرة. بما يناقض حقيقة أن الدستور وثيقة نابضة بالحياة، قابلة للتفسير المرن. ولا كذلك أن يجمد تفسير الدستور عند لحظه زمنية بعينها إذا ران التحجر على فهمه من خلال مقاييس منصرمة.

ثامناً: لا لتفويض لشرط المصلحة في الخصوصية للدستورية

٢٦٣- لا يناقض شرط المصلحة في الخصوصية الدستورية، طبيعتها العينية، ولا أوضاع الفصل فيها وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا. ومن ثم يندمج هذا الشرط في نظمها الإجرائية عملاً بنص المادة ٢٨ من هذا القانون. ذلك أن عينية الخصوصية الدستورية، لا تنفي أكثر من أن النصوص القانونية المطعون عليها، هي مدار هذه الخصوصية أو موضوعها. وأن مقابلتها بنصوص الدستور للتحقق من تطابقها معها أو مخالفتها لها، هو هدفها أو غايتها النهائية.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤ لسنة ١٤ ق "دستورية" - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٤١٧ و ٤١٨ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٢٣ ق "دستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٥ من ١٤٩ من الجزء السادس. ولاحظ أن مدى عدم جوار تفسير الدستور كطلب قائم بذاته، أن الطلب المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا التعارض مدعى به بين نصين في الدستور، يخرج عن اختصاصها.

ولكن هذه الخصومة تنزل واقعة في نطاق حق التقاضي كوسيلة لرد عدوان على حق أو حرية انتهكتها النصوص القانونية المطعون عليها. ويتعين بالتالي أن يتعلق الإخلال بهذا الحق أو بتلك الحرية بشخص معين، وأن تكون مصلحته الشخصية المباشرة - القائمة أو المحتملة - ظاهرة في رد هذا العدوان.

والقول بأن لكل مواطن صفة مفترضة في اختصام النصوص القانونية، ومصلحة مفترضة في إهدارها، مردود أولاً: بأن الأصل في الخصومة هو تعقها بمنفعة يقرها القانون. ولا يقر القانون أن يتحول النزاع القضائي إلى نزاع لمصلحة القانون في صورة مجردة. ذلك أن الفائدة العملية التي يجنيها المدعى من الخصومة الدستورية، هي التي تحركها، وهي دافعها وموجهتها. ومردود ثانياً: بأن استنباط نصوص الدستور وإزالة في الخصومة الدستورية، يفترض توافق شروط قبولها. وتدرج الصفة والمصلحة تحتها.

ومردود ثالثاً: بأن افتراض المصلحة في الخصومة الدستورية، يحيلها إلى خصومة أصلية بعدم الدستورية لا صلة للحكم الصادر فيها بنزاع موضوعي قائم. وإنما ينحصر موضوعها في تقرير حكم الدستور مجرداً في شأن المسائل التي تثيرها هذه الخصومة.

وهو ما يعتبر انتقالاً بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد قانون المحكمة الدستورية العليا، ولا غيره من القوانين والسماتير الأجنبية في عوم تطبيقاتها^(١).

تاسعاً: افتراض دستورية النصوص القانونية

٢٦٤- لا يفترض في النصوص القانونية التي أقرها المشرع أو أصدرها، أنه صاغها لنقض حقوق كلها الدستور لأصحابها أو لحجبها عنهم.

وإذا كان ذلك هو الأصل، إلا أن هذا الافتراض لا يقوم في الأحوال الآتية:

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١ لسنة ١٥ ق "دستورية" - جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ - القاعدة رقم ٩/٢٤، ١٠ - من

أولاً: أن يكون ظاهراً من وجه النصوص القانونية المطعون عليها، مخالفتها للدستور، كذلك التي تقوم على التمييز بين المواطنين بناء على اللون أو بالنظر إلى اختلافهم في العقيدة، أو بناء على معارضتهم السلطة في توجهاتها، أو لتجريمها أفعالاً لا تقتضى الضرورة الاجتماعية تأنيبها.

ثانيهما: أن يكون النص للقانوني المطعون عليه مكوناً من أجزاء متعددة، متداخلة معانيها، منبهة فواصلها، بحيث تضطرب في الركائز التي تقوم عليها.

ثالثاً: أن تخل النصوص المطعون عليها بحق أو بحرية أساسية كفلها الدستور. إذ يعامل كل عدوان تشريعي جسيم عليها، باعتبارها مشتبها فيه؛ ومقتضياً رقابة صارمة أساسها أن تأكيد الحرية لا يجوز إلا لمصلحة جوهرية قاهرة، وبأقل الوسائل إخلالاً بها.

عاشراً: ليس ثمة نصوص توجيهية في الدستور

٢٦٥- ليس في الدستور -ثأنه في ذلك شأن للقانون- ثمة نصوص مجردة من آثارها القانونية، وإلا كان تكوينها في الدستور غير محمول على معنى الإلزام بأحكامها، ومنصرفاً إلى تخيير المشرع بين القبول بها أو إهمالها، حال أن للتخير بين بدلين يفترض تساويهما في القوة أو الأثر. وهو مالا يتصور في نصوص الدستور التي تطل بمنزلتها على ما دونها من النصوص القانونية، وما قصد الدستور بها إلا إخضاع كل سلطة لأحكامها، ليكون تطبيقها فرض عين. فضلاً عن أن القول بالطبيعة التوجيهية لنصوص الدستور، يناقض خصائصها كقواعد أمرية لا يجوز إهمالها أو التخطي عنها^(١).

حادى عشر: الأصل في السلطة التقديرية هو الإطلاق

٢٦٦- الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية، ما لم يقرده الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوما لها لا يجوز التراجع عنها.

بما موداه أنه فيما خلا للقيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية والتنفيذية ففى مجال إقرار أو إصدار النصوص القانونية، فإن لهاتين السلطتين أن تباشرا اختصاصاتهما

(١) دستورية عليا -القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ ق دستورية- جلسة ١٩٩٧/٨/٥ -قاعدة رقم ٥١ -ص ٧٩٣ من الجزء الثامن.

التقديرية بعيدا عن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا في شأن التشريعية الدستورية، والتي لا يجوز لها بمقتضاها أن تزن -بمعاييرها الذاتية- الموازنة التي افتتحتها المشرع في موضوع معين؛ ولا أن تتلفتها أو تخوض في ملازمة تطبيقها عملا؛ ولا أن تحصل للنص المطعون فيه أهدافا غير التي توخاها المشرع؛ ولا أن تكون خياراتها بديلا عن عمل السلطة التشريعية أو التنفيذية اللتين يكلفهما أن تباشرا الولاية التي تفحصان بها في الحدود التي بينها الدستور، وأن يستلها في ذلك أغراضا يقتضيها الصالح العام، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق هذه الأغراض، مرتبطة عقلا بها^(١).

ثاني عشر: بعض ضوابط الفصل في دستورية النصوص القانونية

٢٦٧- لا ينحصر مجال الرقابة على التشريعية الدستورية فيما أخل به المشرع بصورة مباشرة من الحقوق التي كفلها الدستور، ولكنها تتناول كذلك ما أهدره ضمنا من هذه الحقوق، ولو كان إنكارها أو تقييدها قد وقع عرضا.

ذلك أن الرقابة القضائية لهذه النصوص، لا تواجه غير الآثار القانونية التي رتبها في حق المخاطبين بها. ولا شأن لها بنوايا المشرع وخواطره التي يتخذ تقصيا في أعضاء السلطة التشريعية جميعهم، أو التنايل على توأطئهم إضرارا بالمخاطبين بالنصوص القانونية التي أقرتها.

وحتى بافتراض تولف أعضاء السلطة التشريعية على تطبيق الدستور، وخروجهم عملا على أحكامه، فإن نواياهم السلمية لا ترفع عن النصوص التي أقرتها، عوار بطلانها. فلا يكون تقرير هذا البطلان غير جزاء يصيبها بقصد إنهاء العمل بها حتى لا يتحمل أوزارها من أخضعتهم هذه النصوص لأحكامها^(٢).

ويتعين أن يكون سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها وانحرافها عن أهدافها، وأشياا بتكبتها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستقرارها بالتالي وراء سلطتها في تنزيل الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣ لسنة ١٦ ق "دستورية" - جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ - للقاعدة رقم ٣٦ من ٥٢٩ من الجزء السادس.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٥ - للقاعدة رقم ١٧ من ٢٢٩ من الجزء السادس.

ومن ثم كان سوء استعمالها للسلطة عيباً قصدياً، وطعننا احتياطياً، لا يقوم الدليل عليه بالظن والتخيل. بل من عيون الأوراق ذاتها التي تفصح عنها مضابط أعمالها وغيرها من الوثائق ذات الصلة التي بطنن إليها.

٢٦٨- وبلاحظ كذلك ما يأتي:

١. لا يؤخذ برجعية النصوص القانونية -وهي محظورة في المواد الجنائية- إلا إذا قام الدليل على أن أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم -لا أغلبية الحاضرين منهم- قد أقررا برجعية هذه النصوص، بعد وقفهم على حقيقتها، والأثر التي ترتبها، والدائرة التي تعمل فيها، فلا يكون قبولهم بالأثر الرجعي مظنوناً، بل ثابتاً على وجه قطعي (١).

٢. أحكام الدستور التي تتضمن إلى بعضها في تقييم دستورية النصوص القانونية المطعون عليها؛ يتعين إنزالها في مجموعها على هذه النصوص. ومن ثم تستهض النصوص القانونية المدعى إخلالها بالحق في التقاضي، كل ضمانة يقتضيها الدستور للفصل في الحقوق بطريقة منصفة، بما في ذلك ضمانة الدفاع؛ وحق الناس جميعهم في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي؛ وبأن تكون العدالة مفتوحة لبوابها للقادرين والمعوزين؛ وبأن يتوافر لكل متهم بجريمة، الحد الأدنى من الحقوق التي يتوزن بها موقفه مع الأسلحة التي تملكها سلطة الاتهام في مواجهته.

٣. لأن كان المشرع أن يعدل من الحقوق التي يكفلها أو يلغوها، إلا أن شرط ذلك ألا يكون لإسقاطها أو لتحويلها، من أثر على حقوق نص عليها الدستور أو كفلها. فضمانة رد القضاء من عناصر حييتم التي تتعادل في أهميتها ووزنها مع استقلالهم. فإذا أخل المشرع من خلال تنظيمه للحق في رد القضاء، بضمانة الحيادة التي تحيط بهم، كان مخالفاً للدستور.

٤. كلما كان تنظيم المشرع لأحد الحقوق، سواء في ذلك تلك التي كفلها أو التمس نص الدستور عليها؛ غير مكتمل العناصر بما يجعل هذا التنظيم في غير الصورة التي تكفل فعاليتها مباشرة هذا الحق، فإن إغفال تقرير العناصر التي يبلغ بها مداه، ويتحقق من خلالها حيويته، يكون مخالفاً للدستور.

(١) 'دستورية عليا' -ال قضية رقم ٧٣ لسنة ١٩ ق 'دستورية' - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٢/٧٧ -ص ١٠٩٩ من الجزء الثامن.

٥. تتعلق القواعد القانونية الإجرائية بمراكز قانونية تقبل بطبيعتها التعديل والتغيير. ومن ثم كان الأصل هو سريانها بأثر مباشر في شأن المسائل التي تناولتها. ولا يجوز أن يقال عندئذ بأن سريانها المباشر منطوق على رجعية ضمنية^(١).

٦. للخاضعين لألية قاعدة قانونية، حق الطعن عليها لمخالفاتها للمستور، ولو قدم هذا الطعن بعد إلغائها، إذا كان جريان آثار هذه القاعدة في شأنهم بعد تطبيقها عليهم، قد ألحق بهم ضرراً. ذلك إن الأصل في القاعدة القانونية، هو سريانها على ما يقع من تاريخ العمل بها وحتى إلغائها. فإذا أبدلها المشرع بقاعدة جديدة، لم يعد للقاعدة القديمة من وجود من وقت إلغائها. وصار لازماً إعمال القاعدة الجديدة اعتباراً من تاريخ سريانها. وبذلك يتحدد لكل من هاتين القاعدتين زمن تطبيقها. فما نشأ مكتملاً من المراكز القانونية منتجا لآثاره خلال فترة نفاذ القاعدة القانونية القديمة، يظل محكوماً بها وحدها^(٢).

٢٦٦- بيد أن قضاء المحكمة الدستورية العليا دل كفاً، على أن إلغاء النص المطعون فيه بأثر رجعي، مما تؤول به المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية^(٣).

وقضاءها في ذلك محل نظر من جهتين:

أولهما: أن الإلغاء المجرد للنصوص القانونية -ولو بأثر رجعي- لا يفيد بالضرورة أنها لم تحدث أثراً قانونياً في محيط العلاقات القانونية قبل إلغائها.

ويتعين بالتالي حتى يجوز القول بانتفاء المصلحة الشخصية المباشرة في النصوص القانونية التي أنشأها المشرع بأثر رجعي، أن يقرن إلغاؤها بتسوية كافة الآثار القانونية التي أحدثتها، والتي أضير منها المخطوبون بالنصوص القانونية قبل إلغائها.

(١) الحكم السابق -ص ١١٠١. وهو ما أكتفه المادة الأولى من قانون المرافعة المدنية والتجارية بنصها على سريان أحكام هذا القانون على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى، أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها. لا استثناء من ذلك إلا بالنسبة إلى القوفين التي نحل ميعاداً كان قد بدأ قبل تاريخ العمل بها؛ أو التي تكون منشئة أو ملغية لطريق طعن في شأن حكم صدر قبل نفاذها، أو إذا كان من شأنها تعديل اختصاص قائم، وكان العمل بها قد بدأ بعد قتل باب المرافعة في الدعوى بما يدل على استواء الخصومة للفصل في موضوعها.

(٢) "مستورية عليا" -ال قضية رقم ٦٥ لسنة ١٧ ق "مستورية" -جلسة أول فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦/٢٤ -ص ٣٧٢ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ٢١٩ لسنة ١٩ قضائية "مستورية" -جلسة ١/٨/١٩٩٩ -قاعدة رقم ٤٣ ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

ثانيهما: أن إلغاء النصوص القانونية سواء تم بأثر رجعي أو بأثر مباشر - يفترض وجود هذه النصوص قانوناً حتى يتعلق الإلغاء بها. فإن كان بطلانها منقأً من مخالفتها للدستور - كما لو أصدر رئيس الجمهورية قراراً بفرض ضريبة عامة - فإن هذه النصوص تعتبر معدومة منذ صدورهما. ولا يتصور بالتالي أن يتعلق بها إلغاء تشريعي - ولو بأثر رجعي - بالنظر إلى لعدم ملحه.

* كل قاعدة قانونية لا تنشر، لا يقرنها بإخطار بحقيقتها، ولا بشروط تطبيقها. فلا تتكامل مقوماتها التي اعتبرها الدستور شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم على اختلافها. ومثل هذه القاعدة لا نفاذ لها، لا هي ولا القاعدة القانونية التي تم نشرها، ولم يبدأ بعد مياد سرانها. فلا يكون حمل الأفراد على الرضوخ لها - وهم من الأغيار في مجال تطبيقها - إلا خروجاً على مبدأ الخضوع للقانون المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور^(١).

وكما كان فرض القاعدة القانونية واقعا قبل نفاذها، أخل سرانها في شأن المخاطبين بسها، بالحقوق والمراكز القانونية التي ممتها، فلا يكون رد العدوان عنها، عملاً مخالفاً للدستور^(٢).

* مناهج دستورية المزاي التي يكفلها المشرع لفريق من الناس دون آخر، اختلافهم في المراكز القانونية عن بعضهم البعض. ذلك أن تساويهم فيها، مؤداه أن يكون التمييز بينهم تحكماً، ومخالفاً للدستور بالتالي^(٣).

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٦٢ من الجزء الثامن.

(٢) "مستورية عليا" - القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣/٤، ص ٦٠٥٨ من الجزء الثامن.

(٣) تقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ١٩٨٩/٤/٢٩ في القضية رقم ٢١ لسنة ٧ قضائية دستورية والمفتور في ص ٢١٨ وما بعدها من الجزء الرابع، بأن سلطة المشرع في تنظيم الحقوق لا تعيق عليها ما دام الحكم التشريعي الذي قرره قد صدرت به قاعدة عامة مجردة لا تنطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية، ولا تهدر نصاً في النصوص. فإذا كان المشرع قد توخى بالزيادة في الأجرة التي فرضها، للحفاظ على المبلى القديمة المؤجرة لغير أغراض السكنى باعتبارها ثروة قومية، ولتوحيض ملاحها عن انخفاض أجزتها مع توفير مصدر لتمويل ترميمها وصيانتها؛ فإن معاملة الأماكن المستعملة في أغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجارى أو الصناعى أو المهن الخاضعة للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أو الضريبة على أرباح المهن غير التجارية، معاملة المبلى المؤجرة لأغراض السكنى، وإعطاؤها بالتالى من الزيادة في الأجرة، رغم تحقق مناطها، يكون مخالفاً للدستور.

* تحمل النصوص القانونية التي دل المشرع بعموم عباراتها على انتقاء تخصيصها، على اتساعها لكل ما يندرج في مفهومها. ذلك لأن عموم عبارة النص، تغيد استخراقها لكل أفراد، واشتمالها بالتالي على المخاطبين بها كافة، فلا تخصص فئة من بينهم بحكمها^(١).

* لا يخصص النص العام بغير دليل. كذلك فإن كل تنظيم خاص يعامل بافتراض انصرافه إلى المسائل التي تعلق بها وحدها، فلا يجوز إسناده لغيرها، ولا أن يقاس عليه وقد وضع على سبيل الانفراد^(٢).

ثالث عشر: جواز تحديد غير المباشر للمسائل المثارة في

الخصوصية الدستورية بطريق غير مباشر

٢٧٠- تعتمد معظم الأحكام القضائية في تأسيسها على الأدلة غير المباشرة كالقرائن الظرفية. وكثيراً ما تستخلص المحاكم من واقعة حقيقتها، الأدليل على واقعة تجهلها.

والمسائل الدستورية في ذلك، شأنها شأن عناصر النزاع التي تحققها المحكمة، قلما يكون الدليل عليها مباشراً.

ذلك أن المحكمة تعمل نظرها في كل واقعة مطروحة عليها، وتصل أجزاءها ببعضها من خلال عملية عقلية تكفل الحد الأدنى لاتساقها. فلا تأخذ في اعتبارها بغير الخطوط الرئيسية التي تجمعها، تاركة وراءها بعض مظاهر التعارض التي قد تلاعبها.

ومن خلال هذه العملية العقلية، لا يكون نظرها في عناصر النزاع غير نفاذ إلى جوهرها على ضوء ما قضده المدعى حقاً بدعواه.

(١) "مستورية عليا" -القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ ق "مستورية" - جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٢/٨٣ -ص ١٥٦ من الجزء الثامن، والقضية رقم ١٧ لسنة ١٤ ق "مستورية" - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٥/٣٢ ص ٤٤٧ من الجزء السادس، والقضية رقم ٦٥ لسنة ٤ ق "مستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ -قاعدة رقم ٣/٣٤ ص ٣١١ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٣ قضائية تفسير - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -قاعدة رقم ١ ص ٣٩٢ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

فلا يؤخذ بعبارة شاردة ضمنها صحيفتها، ولا بكلمة لم يزنها ويقرها حق قدرها. وإنما هي دعواه في حقيقة ملامحها، وصادق أغراضها، تستجليها المحكمة وتستصفىها، فلا يكون وقوفها عندها، غير فهم منها لحقيقة النزاع المطروح عليها.

وتلتزم المحكمة للدستورية العليا، شأنها في ذلك شأن كل هيئة قضائية، بضوابط التفسير للقضائي هذه. إذ هي نقطة البداية التي تعينها على إدراك نطاق الخصومة الدستورية المعروضة عليها، فلا تضل للطريق إلى دخلاتها، ولا تنقع بالصيغة التي أفرغها المدعى فيها.

وإنما هي حقيقتها التي تتحراها، ومقاصدها التي تخوض في بحثها، وأبعادها التي تستشرفها، مستعينة في ذلك بالتحليل المنطقي الذي يربط ما تفرق من أجزائها، ويشد بعضها إلى بعض بقدر تماسكها وإفضائها إلى صحيح بنيانها.

وهذه النظرة الكلية لضوابط التفسير القضائي، هي التي توليها المحكمة للدستورية العليا اعتباراً عند الفصل في المسائل الدستورية المطروحة عليها. ذلك أن تعيينها بطريق مباشر ليس شرطاً لتحديدتها.

ولئن كان قانون المحكمة الدستورية العليا قد نص في المادة ٣٠ على أن يبين المدعى في الخصومة الدستورية ماهية المخالفة الدستورية التي ينسبها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، ووجه تعارضها مع الدستور؛ إلا أن ما نراه في شأن تفسير هذه المادة، هو أن ينظر إليها من ناحيتين:

أولاهما: أن الخصومة الدستورية تقوم على ادعاء بمخالفة نص قانوني للدستور.

ويفترض ذلك أن يعين المدعى هذه النصوص، وأن يبين كذلك ماهية المخالفة الدستورية التي نسبها إليها حتى تحققها المحكمة الدستورية العليا.

فإذا سها المدعى عن بيان هذه المخالفة، تعين عليها أن تقابل النصوص المطعون عليها بأحكام الدستور، وقوفاً من جانبها على نطاق التعارض بين نصين يختلفان في مرتبتيهما حتى تستظهر نطاق الفجوة بينهما. ذلك أن تصادم نصين في دائرة التقابل بينهما، يحدد قدر توافقيهما أو تخالفهما. فإذا طعن المدعى في دعواه الدستورية على الأقوال الريوية التي فرضها المشرع،

وأغل ببيان نص الدستور الذى حرّمها، تعين حمل مقاصده من دعواه هذه، على مخالفة فرضها لنص المادة الثانية من الدستور. وقد لا يهمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، ولكنه يعينها بطريقة لا توضحها بصورة كافية.

وعلى المحكمة الدستورية العليا -من باب أولى- أن تستعين عندئذ على فهمها بضوابط التفسير القضائى. فالنمى على ضريبة ما إخلالها بالمقدرة التكليفية للممول ومساواتها فى عبئها بين القادرين والمعوزين، يدل على أن ما توخاه المدعى بدعواه الدستورية، هو اتهام هذه الضريبة بالإخلال بضوابط العدالة الاجتماعية التى تعتبر أساس كل الأعباء المالية التى تقتضيهما الدولة ممن تكلفهم بأدائها وفق نص المادة ٣٨ من الدستور.

بما مؤده أنه سواء أهمل المدعى بيان المخالفة الدستورية، أو حددها بطريقة غير كافية، فإن طرائق التفسير القضائى، قد تجلّوها وتبين حقيقتها.

ثانيهما: أن نص المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، لا يلزم المدعى فقط ببيان نوع المخالفة الدستورية التى نسبها إلى النصوص المطعون عليها والنمى قال بتزديدها فيها؛ ولكنه يكلفه كذلك بيان وجهها. وليس ذلك إلا تكليفاً للناس بما لا يطيقون؛ وهو كذلك إغراق فى شكايه لا محل لها. ذلك أن تحديد وجه المخالفة الدستورية لا يتصل بنوعها، وإنما ببيان نطاق التعارض بين النصوص المطعون عليها والدستور. وفى ذلك خروج على حقيقة الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا فى شأن المسائل الدستورية التى تكثرها الخصومة الدستورية، ذلك أن هذه المحكمة لا تنقيد لا بنوع ولا بوجه المخالفة الدستورية التى نسبها المدعى فى الخصومة الدستورية، إلى النصوص القانونية المطعون عليها. ومرد ذلك أنها لا تقابل هذه النصوص بأجزاء من الدستور دون غيرها، وإنما هى نظرة شاملة تتعمق بها تلك النصوص لتسلط عليها الدستور فى تمام أحكامه، وترافط أجزائه، واتصال أغراضه، وتضامير القيم التى يحتضنها.

وتلك هى الوحدة العضوية للدستور التى يكون بها كلا غير منقسم. وعلى ضوءها تعدد المحكمة الدستورية العليا بنصها، حقيقة لأوجه الحوار فى النصوص القانونية المطعون عليها،

بغض النظر عن الصورة التي رسمها المدعى في الخصومة الدستورية لها، أو التي أهمل بيان ملامحها أو حتى شوهها^(١).

رابع عشر: يتعين الحكم ببطلان النصوص المخالفة للدستور،
ولو كان إعمال أثره يقتضى تدخلًا تشريعيًا

٢٧١- يتعين الحكم ببطلان النصوص القانونية المخالفة للدستور، ولو كان أعمال أثر هذا الحكم يقتضى تدخلًا تشريعيًا^(٢). ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص معين، يفيد بالضرورة تحقق عوار فيه. ويتعين بالتالي أن تتدخل السلطة التشريعية، بوسائلها وأدواتها -كلما كان ذلك ضروريًا- لتنفيذ قضاء المحكمة الدستورية العليا^(٣).

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٥٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١١/١٢/١٩٩٧- قاعدة رقم ٦/٦٩ ص ٩٧٠ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية قضائية -جلسة ٥/٨/١٩٩٥- قاعدة رقم ٧ ص ١٢٧ من الجزء السابع. ففى هذه القضية كان نص المادة (٥٠) من قانون عملية التقييم من العيب، لا يجيز الطعن فى الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للتقييم. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذا النص بما يفتح طريق الطعن فيه من خلال تدخل تشريعى يحدد الجهة القضائية التى تتصل فى هذا الطعن، وكذلك كيفية تشكيلها.

(٣) القضية رقم ٤٨ لسنة ١٩ قضائية دستورية -جلسة ٦/١١/١٩٩٩- قاعدة رقم ٤٨ ص ٣٩٩ من المجلد الأول من الجزء التاسع.

الفصل الثاني عشر

الرقابة القضائية على الدستورية، وأشكال الصراع في الدولة

المبحث الأول

صور الصراع على السلطة والحقوق

٢٧٢- وكلما احتدم الجدل السياسي داخل الدولة، أو اتخذ النزاع بين أفرادها شكل صراع معها حول حقوقهم وحرياتهم وقدر ضماناتها لها، فإن وجود جهة الرقابة على الدستورية يؤذن بتحول هذا الصراع من طبيعته السياسية، إلى طول قانونية توفرها هذه الجهة لأطرافه، فلا يتحول غضبهم من الدولة إلى الثورة عليها، بل تتوسط جهة الرقابة على الدستورية بينهم وبينها Tiers médiateurs وتعيد بنفسها صياغة المسائل المتنازع عليها، وتحيل ملامحها المختلفة إلى نقاط قانونية تحيط بها، فلا يكون الحكم الصادر فيها إلا منهيًا لتوتر قائم.

فالنزاع السياسي حول التأميم بين أنصار تدخل الدولة ودعاة للرأسمالية المتحررة من القيود، تقضه جهة الرقابة القضائية على الدستورية من خلال إحالتها إلى نصوص الدستور التي تحكم هذا الموضوع، وتوفيقها بينها قدر الإمكان، وبيانها للحدود التي يكون فيها التعويض عمن للتأميم عادلاً^(١).

وقد يدور النزاع كذلك حول حدود السيادة الوطنية، وجواز تقييدها مسن خلال معاهدة دولية.

وقد يتخذ النزاع أبعاداً مختلفة في مسائل متفرقة، كذلك المتعلقة بتصفية القطاع العام؛ أو بنطاق حرية الأفراد في النفاذ إلى وسائل الاتصال على اختلافها؛ أو بالكيفية التي يتم فيها

(١) بمجرد أن أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قراره في ١٦ يناير ١٩٨٢ بمسئورية التأميم حتى أبطن المستشار الخاص لرئيس الجمهورية Jacques Aitali أن قرار المجلس بمطابقة التأميم للدستور، قد أنهى الجدل الزائف للمعارضة حول دستوريتها، وهو الجدل الذي أثارته أثناء الحملة الانتخابية للرئاسة Le Monde du 19 Janvier 1982.

الاقتراع العام المباشر لاختيار أعضاء السلطة التشريعية؛ أو بالمعايير التي يتحدد على ضوئها من يعتبر لاجئاً سياسياً وفقاً للدستور.

ويظل التساؤل قائماً حول ما إذا كان للحياة السياسية قوانينها الخاصة، أم أن القانون العام هو الذى يحكمها.

وربما نلاحظ بقدر كبير من الدهشة، أن الذين يديرون الحياة السياسية ويحكمون قبضتهم عليها، أو على الأقل يوجهونها وفق مصالحهم، كثيراً ما يؤسسون نزاعهم مع خصومهم على قواعد من الدستور، ويطلبون تطبيقها لفض خلافهم.

وإذا تعرضوا أمر هذا النزاع على جهة الرقابة على الدستورية -سواء تعلق بحق المرأة فى إجهاض نفسها أو بتحويل القطاع العام إلى خاص، أو بحق رئيس الجمهورية فى العفو عن الجريمة أو عقوبتها، أو بجواز التأميم، أو بما إذا كان الدخول فى معاهدة دواية يخل بحقوق السيادة الوطنية- فإن جهة الرقابة القضائية -المحايدة فى تشكيلها وفى طبيعتها وظيفتها القضائية- تحيل صور النزاع هذه -جميعها من طبيعة سياسية- إلى مشكلة قانونية بمعضلاتها ومفرداتها، وطرق مناقشتها، وأسلوب حلها.

فلا يركن رجال السياسة، الذين يؤيدون موقفاً أو يعارضونه، إلى الوسائل السياسية لفض ما شجر بينهم من نزاع، ذلك أن هذه الوسائل تكتنفها مخاطر الصراع، وعوامل التفريق والتأخر والمناورة، وتعميق مناطق النفوذ، وتقاسم الغنائم. ولا كذلك جهة الرقابة القضائية على الدستورية التى تعمل على التوسط بين الفرقاء، وتقرر حلول توفيقية فى المسائل المتنازع عليها من خلال مفاهيم قانونية تحيط بعناصرها، وتتحول بها الرؤية السياسية إلى لغة ورؤية قانونية، لها أثرها على الطريقة التى يوجه بها الطاعون خطابهم إلى الجهة القضائية التى تتولى الرقابة على الدستورية، فهم لا يخاطبونها إلا وفق الأوضاع، وفى نطاق الآجال المحدد للنصوص عليها فى قانونها. ويديرون بالحجج القانونية، جنلهم حول المسائل التى يختلفون عليها، بما فى ذلك بيان أوجه مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور، وكذلك تحديد نوع الحقوق التى أخلت بها النصصوص القانونية، ونطاق هذا الإخلال ومداه.

فإذا فرغ الخصوم من عرض نزاعهم على جهة الرقابة على الدستورية، وكذلك من بيان حججهم التي يقدمونها لتأييده؛ كان على هذه الجهة أن تفصل فيه بمقاييس موضوعية لا شخصية. وقد تطرح هذه الجهة حلولها لهذا النزاع في شكل مبادئ قانونية لا ينحصر تطبيقها في الحالة المعروضة عليها. وهو ما يكفل لجهة الرقابة القضائية حيويتها، واتساع نطاق اجتهداتها، وإن ظل واجبا عليها أن تواجه القانون المطروح عليها، لتفصل بصفة نهائية في دستوريته، فلا يبقى النزاع بعد هذا الفصل قائما، ليظهر الحكم الصادر عنها، باعتباره نتاج حوار بالوسائل القانونية انحسم على مقتضى القواعد الدستورية ذات الصلة، وصار عنوان الحقيقة للقضائية التي قررها، والتي ينطوي بها كل جدل حول دستورية هذه النصوص، ولو لم يرض عن حكمها في النزاع كثيرون من الغاضبين^(١).

ولا شبهة في أن انتقال النزاع من طبيعته السياسية إلى الصورة القضائية التي آل إليها، عزز دور جهة الرقابة على الدستورية، وزاد من أهميتها ونفوذها؛ ومن تأسيسها لسلطانها على دعائم من الدستور؛ ومن إنهايتها بالوسائل القانونية لنزاع سياسي لحتم في بلدها.

بل إن قدرتها على حل هذا النزاع على ضوء مفاهيم قانونية، أعانها على تطوير اختصاصاتها، وحمل المتناحرون من رجال السياسة على اللجوء لرجال القانون يطلبون منهم العون في الدفاع عن مواقفهم السياسية من خلال ما يظاهرها من نصوص الدستور. وقد يطلبون مشورتهم قبل الطعن في النصوص القانونية التي يرونها مخالفة للدستور تحريا لوجه الخطأ أو الصواب في موقفهم السياسي قبل أن يتحول إلى صراع من طبيعة قانونية^(٢).

وكان منطقيا أن تؤثر جهة الرقابة القضائية في كافة أشكال الحوار السياسي، وأن تعيد تشكيلها من منظور الحقائق القانونية التي تتصل بها، وأن تفصل فيها على ضوء مفاهيم وقيم

(١) بعد أن أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قضاءه بجواز التأميم من زاوية دستورية قرر المستشار الخاص لرئيس الجمهورية Jacques Attali أن كل ما أثير من جدل زائف أثناء الحملة الرئاسية حول مشروعية التأميم، صار منتهيا.

(٢) ودليل ذلك أن الأساتذة Loussouran و Delvolvé و Drago صاغوا المعارضة رأيا استشاريا في موضوع عدم دستورية قوانين التأميم. وقدم الأساتذة Robert و Luchaire وجهة نظر تدعم موقف الحكومة من هذا الموضوع.

الدستور، كذلك التي تتعلق بضوابط التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التنفيذية؛ وبحقوق المواطنين جميعهم في ضمان تسوية أمام القانون؛ وبما يكفل تكافؤ فرصهم في الإدلاء بأصواتهم في الحملة الانتخابية؛ وحظر تشويهها أو تحريفها عن وجهتها من خلال عملية تقسيم الدوائر الانتخابية. ويندرج تحت القيم التي يكفل الدستور صونها وتبسطها جهة الرقابة لحل النزاع بين الفرقاء السياسيين، تلك التي تتعلق بأن صون وجود الدولة مقدم على ضمانها لحقوق الأفراد وحررياتهم، وأن استقلالها وتكامل إقليمها ضمانتان تؤمن من خلالهما كل حق أو حرية يكفلها الدستور. وقد يدخل رئيس الجمهورية في صراع مع خصومه حول حدود ولاية السلطة التشريعية وضوابط الفصل بين ولايتها واختصاص السلطة التنفيذية، أو حول حدود السيادة الوطنية التي يتولى حراستها. وجميعها نقاط قانونية يتحول إليها صراع كان أصلا من طبيعة سياسية^(١).

وقد يعمد رئيس الجمهورية إلى التعاون مع الأغلبية البرلمانية التي تعارض توجهاتها الاشتراكية وتعمل على تقويضها، لا بالرضوخ لها، وإنما من خلال مفاهيم قانونية يؤسسها على نصوص الدستور التي تكفل بقاء الدولة واستمرار وجودها *La continuité de L'Etat* وتحدد كيفية مباشرتها لسلطاتها.

ونشأ بذلك اتجاه يتصاعد يوما بعد يوم، مؤداه احتكام الفرقاء السياسيين إلى الدستور لحل خلافاتهم، وإلى جهة الرقابة على الدستورية لفضها. بل إن لجوء المعارضة إليها قد يكون جزءا من استراتيجية شاملة غايتها أن تنزل الهزيمة بالسياسة التشريعية للحكومة بما يكفل لها تحقيق كثير من المزايا لصالحها؛ أهمها إقناع الناخبين بصواب موقفها؛ وتوقيف العملية التشريعية أو إرجاؤها حتى تعمل الأغلبية البرلمانية من أجل تحقيق قدر أكبر من التفاهم معها حول الصيغة النهائية لمشروع القانون، بما يكفل نزول هذه الأغلبية عن بعض مواقفها، واقتربها من المعارضة في توجهاتها قدر الإمكان.

(١) كان النزاع قد ثار بين الرئيس الفرنسي ميتران والأغلبية البرلمانية المخالفة لتوجهاته الاشتراكية. فقد رفض رئيس الجمهورية التوقيع على الأوامر المتعلقة بالخصخصة على أساس أنها تمس الاستقلال القومي الذي يعتبر هو حرما له (*Le Monde* du 16 Juil: 1986) وامتنع كذلك عن توقيع الأوامر المتعلقة بتقسيم الدوائر الانتخابية على أساس أن هذا التقسيم يدخل في اختصاص رئيس الجمهورية (*Le Monde* du 4 oct 1986) وسانده بعض الفقهاء (Jacques Robert) في هذا الرفض (*Le Monde* 18 avril, 1986).

وقد تنتهم الأغلبية البرلمانية المعارضين لها بأنهم يعملون من أجل إخراجها والدفاع عن مصالحهم الضيقة التي توجهها عوامل سياسية تقوم على المناورة، ولا تنتم بالجدية.

وقد تدعو الأغلبية المعارضة إلى أن تحكم في نزاعها معها إلى جهة الرقابة على الدستورية. وقد تعرض الأغلبية بنفسها على هذه الجهة القانون الذي خرج من رحمها لنقبتها في مطابقتها للدستور.

وعلى هذا النحو تتبادل الأغلبية والمعارضة مواقعهما في عرض القوانين المدعى مخالفتها للدستور على جهة الرقابة على الدستورية. ويكاد أن يصبح احتكامهما إليها أسلوباً ثابتاً يحل الصراع السياسي وصوره الإيديولوجية، أو الأطماع التي يتستر وراءها، إلى نقاط قانونية تحكمها الأفاق العريضة للدستور. وهو ما يتحقق على الأخص إذا تعذر على رئيس الجمهورية -الحائز على ثقة المواطنين- التوفيق بين توجهاته واتجاه الأغلبية البرلمانية الحائزة كذلك على ثقة مواطنيها، بما يعجز للفريقين عن التعاون المستمر، فلا يكون أمام رئيس الجمهورية -وهو ليس من حزب الأغلبية البرلمانية- إلا أن يلجأ إلى الطريقة المنطقية والعملية الوحيدة التي تكفل مصالح المواطنين في مجموعهم. وذلك بالرجوع إلى الدستور، كل الدستور، ولا شيء غير الدستور.^(١)

A la question de la coïncidence des majorités présidentielle et parlementaire, la seule reponse, la seule possible, la seule raisonnable, la seule conforme aux intérêts de la Nation: la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution.

ولأن الدستور الفرنسي مصدر الحقوق التي يكفلها، فقد اعتذر رئيس مجلس الوزراء الفرنسي عن أن يعرض على البرلمان مشروع قانون يخلو غير المواطنين حق الاقتراع على أساس أن هذا القانون وإن كان مرغوباً فيه من الناحية السياسية، إلا أن الدستور قصر حق الاقتراع على المواطنين.

(١) انظر في ذلك خطاب رئيس الجمهورية للفرنسي الذي وجهه إلى البرلمان في ٨ أبريل ١٩٨٦.

المبحث الثاني

مزاي تحويل النزاع السياسى إلى نزاع قانونى

٢٧٣- ولذا تفصل جهة لرقابة القضائية على الدستورية فى دستورية القانون المعروض عليها سواء من قبل المعارضة أو من الأغلبية البرلمانية، فإن قرارها بعدم دستورية هذا القانون، مؤداه تعديل الاتجاه السياسى لهذه الأغلبية.

ومن ذلك أن الأغلبية قد تؤيد قانونا يكفل لاحتكار قلائل لوسائل الإعلام، فإذا قضى بعدم دستورية هذا القانون، كان على الأغلبية أن تقترح على قانون آخر يناهض هذا النوع من الاحتكار، ولو قيل بأن الفكرة التى تبسط سيطرتها على وسائل الإعلام، أقدر على تطويرها^(١).

بل إن الأغلبية -وبالنظر إلى تخوفها من لجوء المعارضة إلى جهة لرقابة على الدستورية- عادة ما تأخذ فى اعتبارها -فيما تقره من القوانين- بالقواعد التى أرسنها هذه الجهة وكذلك بمبادئها ذات الطبيعة الدستورية.

وقواعدها ومبادئها تلك، هى التى تحكم الأغلبية البرلمانية فى مناقشتها وتوجيهها الوجهة الأكثر اقترابا من الدستور، وهى التى تطرحها المعارضة كذلك بقصد حمل الأغلبية على التقيد بحكم الدستور، لتتصر الأفاق السياسية عن الجدل القائم، وتحل محلها مفاهيم قانونية حتى داخل السلطة التشريعية ذاتها^(٢). وهذا الدور الوقائى للجهة القضائية على لقرار السياسى، يبلور صورة من صور التقيد الذاتى للعملية التشريعية Une autolimitation du législateur سواء فيما يتعلق بالمضمون الإصلاحى لهذه العملية، أو بالتيم التى يقوم عليها هذا الإصلاح.

ومن أجل ذلك تخلى اليمين فى فرنسا عن مشروع لتحويل للسجون إلى قطاع خاص، La privatization des prisons. وتخلى اليسار عن مشروع لتحقيق اللامركزية الإدارية. كل من منطلق تخوفه من أن تقر جهة لرقابة بطلان مشروع القانون الخاص بها. وقد دل تخوفهم هذا على الدور المتصاعد لهذه الجهة، وتزايد أحكامها فى عمقها وكمها، بما يعيد الحلبة السياسية إلى

(١) I. C.C. 86- 217 D.C., 19 septembre 1987. R.P. 141.

(٢) C.C. 85- 197 D.C. 23 août 1985, R.p. 70; C.C. 89- 271 D.C., 11 Janvier 1990, R.P. 21; C.C. 83- 165 D.C., 20 Janvier 1984, R.P. 30.

صحيح توجهاتها. واليوم فإن ما يؤرق القائمين بالعملية التشريعية، هو ضمان أن تظل القوانين التي يقرونها من شواكلها الدستورية. وكان سعيهم بالتالي تحقيقا من أجل العمل على تنقيتها من مثالبها هذه، بأنذين كل جهد سواء في مجال إعدادها أو تعديلها^(١).

ذلك أن الخضوع للقانون، صار قاعدة لا يجوز تحريفها؛ يلتزمها رجال السياسة وكأئتهم يعيشونها في نومهم ويقتنهم.

وحتى الأغلبية البرلمانية فإن عرضها على جهة الرقابة لقانون من صنعها قبل إصداره، قد يتوخى توقي أزمة سياسية قد تبدو نذرها في الأفاق.

وهر ما يجعل الحياة السياسية -في كافة مظاهرها- محكومة بالقانون في إطار ما يرخص الدستور فيه وما لا يجيزه؛ ليكون الاحتكام إلى قواعده بديلا عن الصراع والتطاحن السياسي.

ومن ثم تظهر جهة الرقابة على الدستورية -على الأخص من خلال تنوع وكثرة الطعون التي ترفع إليها، واتساع دائرة تدخلها- عريضة في نفوذها إلى حد تغطيتها الحياة السياسية فسي كثير من جوانبها، فلا تكون المخاطر الناجمة عن تدخلها بعد عرض النزاع عليها، إلا حافزا للخضوع للدستور؛ وبذلك كل جهد لتوقي مخالفته، سواء تعلق الأمر بقانون قبل إصداره أو بتعديل لقانون قائم أو بمشروع قانون، وسواء كان احتمال عرضه على جهة الرقابة راجحا أو ضئيلا^(٢).

(١) انظر في ذلك الكتاب الدوري لشهير لرئيس مجلس الوزراء الفرنسي Roland في J.O. 25 mai 1988, p. 7381.

فقد جاء في هذا الكتاب الدوري الذي وجهه رئيس الوزراء إلى زملائه، ما يأتي:

Il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entâcher les projets de loi, les amendements; et les propositions de loi inscrits à l'ordre de jour.

وترجمتها: ينبغي أن يبدل كل جهد من أجل نقصي وإيقاء كافة مخاطر عدم الدستورية التي قد تشوب مشروعات القوانين وتعديلاتها وكذلك اقتراحات القوانين المقيدة في جدول الأعمال.

(٢) وفي ذلك يقول العميد Vedel أن المجلس الدستوري في فرنسا وضع قواعد دائمة وموضوعية، قلبلة لأن تعمل استقلا عن طبيعة السلطة التي تواجهها هذه القواعد، سواء كانت من اليمين أو اليسار وأن القواعد التي يضعها هذا المجلس في حالة بذاتها، يمكن تطبيقها حرفيا في حالة أخرى Georges Vedel, Débat 1989, no 55, P. 48.

انظر كذلك C.C. 86- 225 D.C., 23 Janv. 1987.R.p.13 حيث قرر المجلس الدستوري أن تدخل قانون قائم، لا يجوز أن ينصل عن الأغراض التي يتوخاها هذا القانون، ولا أن يلبض سياق أحكامه، ولا أن يخل بموضوع ذلك القانون.

وفى ذلك ضمان أكبر لأن يكون القانون موافقاً للدستور ليس فقط فى مضمون قواعده؛ بل كذلك فى الأغراض التى يتوخاها. وهو ما يتحقق على الأخص بعد أن تمنح الأغلبية البرلمانية والمعارضة نظرها فيه، وتديره على حكم الدستور تقصيا لأوجه العوار فيه.

والدستور بالتالى إلى وثيقة تحيط بالسياسيين جميعهم فى أفكارهم ومثلهم وتوجهاتهم وتصرفاتهم، وكأنهم يتقصبونها فى صلبهم وليلهم.

المبحث الثالث

الرفضون لطبع الحياة السياسية بالدستور

٢٧٤- على أن الآراء السابقة القليلة بغلبة القانون على السياسة وتوجيه لها، هي التي يرفضها الميسيون سواء في مضمونها أو في دعائها.

وهم يؤسسون رفضهم لمح الحياة السياسية في الدستور أو إخضاعها -في كافة توجهاتها- لأحكامه، على القول بأنهم يحتكمون إلى القانون، ليس لأنهم يؤمنون به حقاً، وإنما لأن للحياة السياسية متطلباتها، وموازينها، وعناصر القوة فيها.

وليس القانون غير الأداة التي يتخفون وراءها لتبرير تصرفاتهم في مواجهة خصومهم. وهم يناضلون من أجل إرساء قواعد -لا لأنها تحكمهم- وإنما لأنها الطريق إلى تشكيل علاتق جديدة في موازين الصراع والقوة السياسية. فلا تكون بواعثهم من وراء الاحتماء بالقانون، غير سياسية في حقيقتها وأهدافها.

وليس استعمالهم للغة القانونية في حواراتهم مع خصومهم، غير تعبير عن حساباتهم السياسية التي يزودنها بمقاييس دقيقة، بقصد الظهور على مسرح الحياة السياسية كأشخاص معتدلين يعتصمون بالاعتزان والتبصر، ولا يجنحون إلى إغراق وطنهم في أعاصير القيم الإيديولوجية التي قلما تؤتي ثمارها حتى في مجال الإقناع بها.

وإنما هي المناورة والخطط التكتيكية التي يتظاهرون من خلالها بأنهم حماة القانون؛ ولا يتوخون حقيقة بها غير ضمان لزيادة شعبيتهم، وقهر خصومهم، واعتلائهم مركزاً متفوقاً في مسرح الحياة السياسية، حتى يظفروا بقوة أكبر من ناخبهم.

وتلك جميعها مقاصد سياسية لا شأن لها بمحض الخضوع للقانون، ولا بالقيمة المجردة لقواعده الأمرة. ولئن بدا معهم إلى جهة الرقابة على الديمقراطية، حواراً بالقانون حول نصوص قانونية يرونها مخالفة للدستور؛ إلا أنهم لا يستندون حقيقة من عرض الأمر عليها غير إحراج الحكومة، ووضع العراقيل في وجه خططها وبرامجها، حتى إذا ما ظفروا بحكم قضائي يدين هذه النصوص بخروجها على الدستور، اتخذوه طريقاً للنيل من هيبتها وتجريحها بما يشدد من قبضتهم عليها حتى تسقط في النهاية.

وتلك كذلك أغراض سياسية يتوخونها من إدارة الحوار بالقانون. ومن ثم لا يسيطر القانون على السياسة ولا يوجهها؛ وإنما السياسة هي التي تقبض على زمام القانون في إطار لعبة سياسية *Un jeu politique* يكون فيها اللجوء إلى الدستور من أدواتها، ومكملا لحركاتها.

فلا يكون الخضوع للدستور حقيقيا. بل ظاهريا، وفي أوضاع بنواتها يرون فيها أن الاحتماء بالدستور كمثل لمصالحهم. وتلك حقيقة لا يجوز التهورين منها، ودلائها قاطعة في أن السياسة غير القانون، وأن القانون لا يستغرقها. وإنما الحقائق السياسية هي التي تسخره لخدمتها وتحقيق أغراضها. وهما بذلك نقيضان، ولا يتوازنان قدرا أو أهمية.

أما الذين يقولون بعلو القانون على السياسة. وينادون بأن الدستور يسيطر على فروع القانون جميعها -الخاص منها والعام- ويقبض بيده حتى على الحياة السياسية في كافة جوانبها؛ فلا يبغيون غير فرض وجهة نظر يقولون بها تعالها، ولو نقضتها الحقائق التي يبصرونها^(١).

(١) Pierre Favre. Histoire de la science politique, in, Traite de science politique, P. U. F. 1985, vol 1. ; Daniel GAXie, jeux croisés. in les usages sociaux du droit. C.U.R.A.P.P. 1989, p. 209.

المبحث الرابع

القاتلون بخضوع للحياة السياسية للدستور

٢٧٥- ويؤكد القاتلون بخضوع المفاهيم السياسية للدستور، أن الحياة السياسية في دولة ما، وكذلك المهام التي تقوم مؤسساتها عليها، تكرر جميعها حول قواعد من الدستور. ويضيفون إلى ذلك أن قراءة نصوص الدستور وحدها، لا تعطي صورة حقيقية وكاملة عن الأوضاع السائدة فيها؛ وعلى الأخص من جهة شرائط تكوين أحزابها؛ ونطاق حريتها في العمل وعلاقتها ببعض؛ وتداول السلطة بينها عملاً؛ وطرائق تشكيل مجالسها التمثيلية؛ وحدود حق الاقتراع؛ وما إذا كان حراً محايداً أم مقيداً بما يعطل جوهره. ذلك أن الكيفية التي يطبق بها الدستور عملاً، هي التي تحدد الأسس الحقيقية لنظام الحكم في الدولة، وتبين كذلك نطاق حقوق الأفراد وحرياتهم، وحدود مجالاتها الحيوية؛ وعلاقة المعارضة بالأغلبية، ودور كل منهما، وقدر تعاونهما أو صمود تصادمهما، ونطاق التحدية في أشكالها الواقعية.

وكذلك ما إذا كان دور الأغلبية هو موازنة الحكومة في أخطائها لضمان استقرارها، فلا تكون الحياة السياسية إلا تحزباً واستقطاباً؛ أم أن دورها لا يمنعها من انتقاد الحكومة وتقويم ما اعوجج من تصرفاتها، غير مقيدة في ذلك بالترزلهما الحزبي.

ونواحي الحياة السياسية هذه بأشكالها وتنوع صورها، هي التي تثيرها جهة الرقابة على الدستورية من خلال تطبيقها للدستور. فلا يكون مجرد صورة قلقة لا يبصرها أحد بالنظر إلى كثافة ظلالها؛ ولا هو بعيد تتردد عليه الأضباح، ولا بمنطقة من الفراغ لا حياة فيها. وإنما هو صورة حية ومتغيرة بالنظر إلى تفاعل أحكامه مع واقع اجتماعي معين، فلا ينفصل عن الجماعة التي يعايشها بما يناقض متطلباتها.

ولم يعد للعلوم السياسية بالتالي دور يقابل دور الدستور في صياغة شكل الجماعة ومثلها، ولا في تقويم استبداد السلطة وتسلطها. وغدا الدستور قلبضاً من خلال تطبيقاته العملية - على الحياة السياسية بكل معطياتها، مهيمناً على جولتها من كل أقطارها، بما في ذلك حدود اختصاص رئيس الجمهورية وامتيازاته كحل البرلمان، فضلاً عن سلطته في مجال ضمان استقرار الدولة ودعم مباشرتها لوظائفها.

وصح القول بأن الحياة السياسية ما كان لها أن تنظر بالهدوء، ولا أن تحظى بإنهاء الصراع بين المراكز المتنافرة فيها، ولا أن تتطور في اتجاه التقدم بغير نقطة الهيئة القضائية التي تصون الدستور. وما كان للسلطة التشريعية نفسها أن تعدل عن سياستها التشريعية التي اختطتها لنفسها، لولا وجود هذه الهيئة بمنزلتها ومكانتها العليا. ولم يعد للدستور وثيقة سياسية تتوازن من خلالها عناصر التأثير وأشكال الضغوط في الحلبة السياسية، ولا هو بورقة ناعمة "Un chiffon de papier" تبلور صوراً جمالية لقيم مثالية؛ بل وثيقة قانونية تنسم نصوصها بالصرامة، فلا يكون جزاء الخروج عليها غير إبطال للقوانين التي تناقضها.

وفي ذلك احتكام مطلق ليس فقط للدستور، بل كذلك لجهة الرقابة على الدستورية التي تعطيه من المعاني أعمقها؛ وتحدد الأغراض التي يتوخاها، والقيم التي يحتضنها. فلا يكون قضائها إلا مرجعاً نهائياً للمخاطبين بأحكامه، يبين لكل منهم دوره وفقاً للدستور، سواء كانوا من البرلمانيين، أو القضاة العاديين، أو المواطنين.

والدستور بذلك ليس مجرد قيمة رمزية *Valeur Nominale* أو نظرية *Théorique*، وإنما هو قيمة قاعدية *Normative* لها من الآثار الحقيقية التي ترتبها؛ ومن قوة القهر التي تلازمها؛ *Des effets réels et contraignants* ما يحول الدستور -على الأخص من خلال اجتهاد جهة الرقابة القضائية على الدستورية- إلى حقيقة قانونية لها من علوها ما يدعم الاقتناع بانتيان كافة النظم القائمة في بلد ما -القانونية منها والسياسية- عنها. وهي بعد حقيقة متطورة تجعل الدستور وكذلك القانون بوجه عام، موجهاً للحياة السياسية ولحركة التاريخ^(١).

(١) Jean- Louis Quermonne, le gouvernement de la France sous la ve Republic, Dalloz p. 175 et p. 569 et s.

المبحث الخامس

المزاوجة بين السياسة والقانون في الحد من الصراع السياسي

٢٧٦- على أن تقنين السياسة، وحل النزاع بين رجالها من خلال جهة الرقابة على الدستورية، ليس وهماً، ولا تعبيراً عن وجهة نظر أحادية يفصح بها المؤيدون للشرعية الدستورية عن موقفهم. وإنما اللجوء المتواتر للقانون لحسم ما هو قائم من صيور النزاع ذات الطبيعة السياسية، خير دليل على أن مظلة القانون وحدها هي التي تقدم للحلول لها.

ولئن صح القول بأن رجال السياسة قد عمدوا في البداية إلى تسخير القانون لخدمة أغراضهم السياسية في لحظة بذاتها، وفي إطار أوضاع بعينها، وكجزء من خططهم التكتيكية؛ إلا أن قواعد اللعبة السياسية صار يحكمها القانون كتعبير عنها، خاصة بعد تصاعد دوره في تشكيل ملامحها. وصار للقانون الكلمة العليا في كل شأن، ولو كان سياسياً في طبيعته.

فالقانون هو الذي يحدد للدولة وظائفها، ونطاق اختصاص سلطاتها، وأشكال التعاون بينها، وحقوق المخابرين بقواعده وواجباتهم. وهو بذلك تعبير عن الحياة السياسية في صورتها الحقيقية. فلا يكون القانون إلا للغة الطبيعية التي يدير بها رجال السياسة أحاديثهم. وأية لغة غيرها تصمم للناطقين بها بأنهم لا يدركون قواعد اللعبة السياسية، ولا يصيرون حقائقها، بل ينقلبون على الأصول المنطقية للحوار السياسي.

ولا تقوم على تطبيق هذا القانون جمعية تظللها الأغراض السياسية. وإنما هيئة قضائية في تكوينها ووظائفها ومن منظور أحكامها. وواجبها الأول والأخير هو ضمان سيادة الدستور من خلال فرض أحكامها على الناس جميعهم، وعلى السلطة بكل أشكالها، فلا يكون لأحكامها في قراراتها غير دعائم من الدستور. وهي تنتظر إلى رئيس الجمهورية كحكم في الدولة بين سلطاتها؛ وكضامن كذلك لوجودها هي ولاتصال حركتها^(١). وهي ترد اجتهادها في ذلك إلى الدستور وتحيل بصورة مطردة لا انقطاع فيها، المسائل التي احتكم للجلل السياسي حولها، إلى لغة القانون بمفرداتها، وبما طورها إلى حد خلق قواعد دستورية جديدة.

(١) ولا يجوز بالتالي أن يكون رئيس الجمهورية رئيساً لحزب في الوقت الذي يجعل الدستور منه رئيساً للدولة، وحكماً بين سلطاتها، كاقلاً انتظامها في أداء وظائفها.

فضلا عن حملها رجال السياسة على التعبير عن آرائهم في لغة قانونية تتلون باتجاهاتهم، لتكون هذه اللغة وحدها طريقهم إلى جهة الرقابة، فلا يخطبونها بغيرها، ولا يغلّبون عليها بواعثهم السياسية، ولا تدخل الصراع فيما بينهم، وإنما يطرحون نزاعتهم على جهة الرقابة ويديرونها من منظور كلمة القانون، فلا تكون هذه الجهة إلا مسرحها.

على أن الفصل الكامل بين السياسة والقانون لا يلتزم ولوضاح العصر، بل يجانبها إلى حد القول بأن الحياة السياسية في بلد ما، لا تنتجها القواعد القانونية وحدها، ولا يحيطها القانون من كل جوانبها. وإنما تتحدد مقوماتها من خلال تفاعل العناصر التي تؤثر في تشكيلها، ومن بينها ديناميكية التكوين الاجتماعي؛ وأوجه التعارض ونطاق التوافق داخل الجماعة بين فئاتها الدينية واللغوية والعرقية؛ ونوع عاداتها وتقاليدها ومعتقداتها وراثتها؛ ودور أحزابها السياسية، وعددها، وطرائق تكوينها، ونطاق حريتها واستراتيجيتها؛ وقواعد تنظيم الصحافة وغيرها من وسائل الاتصال.

والقانون والدستور، يتفاعلان مع غيرها من العناصر في توجيه اللعبة السياسية وتحديد ملامحها. ولئن جاز القول بأن العناصر المؤثرة في الحياة السياسية تتفاوت فيما بينها في ثقلها، إلا أن الدستور في الدول الديمقراطية يعتبر أكثرها حسما، خاصة وأن المراجعة القضائية، هي صمام أمن يحفظ لكل من السلطينتين التشريعية والتنفيذية حدود ولايتها؛ ويصحح من خلال كلمة القانون السياسة التي ينتهجانها. وفضلا عما تقدم، تعمق المراجعة القضائية حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا تمنح لنصوص الدستور التي تحكم إليها لفض نزاع معين، غير المعاني التي تنطوي عليها وتكفل للجماعة تقدمها. وهي لا تطبع الحياة السياسية بلغتها القانونية إلا من خلال القبول بأحكامها كأداة لتمثيل مظاهر الحياة السياسية والتعبير عنها، يؤكد أن رجال السياسة لا يديرون حواراتهم -وصفة روتينية- إلا باللغة القانونية.

ويظل صحيحا القول بأن أهمية القانون وقدر تأثيره لا تكمن في خصائص قواعد الدستور؛ ولا في دور جهة الرقابة على الدستورية؛ ولا في عناصر خارج دائرة القانون كذلك التي تنطبق بالربط القائمة بين مراكز القوة في الصراع السياسي أو بمصلحتها واستراتيجيتها؛ وإنما هي العلاقة بين نظرة قانونية تحيط بنزاع من طبيعة سياسية من جهة؛ وبين ما يطلبه رجال السياسة

ويسعون لتحقيقه من خلال هذا النزاع، وصولاً إلى أهدافهم من جهة أخرى؛ فلا ينفصل القانون عن السياسة، بل يتزاوجان في تداخل، ويمتزجان في ترابط^(١).

(١) انظر فيما تقدم جميعه

Dominique Rousseau. Droit du Contentieux Constitutionnelle, 4e Edition, pp. 388-39.

المبحث السادس

انعدام الصراع السياسى فى مصر

٢٧٧- لا تحكم مصر اليوم أغلبية برلمانية حقيقية. وسلطتها التشريعية مجرد واجهة للديمقراطية فى صورتها الشكلية. والقوانين التى تنظرها وتناقشها هى التى صنعتها السلطة التنفيذية وعرضتها عليها، كى نقرأ فى جملتها، أو نعلنها بما لا يخل بالركائز الرئيسية التى تقوم عليها.

وما يدور حولها من جدل بين أعضاء السلطة التشريعية، ليس جدلا حقيقيا يتوخى تقييم مظاهر للقصور فيها؛ ولا أوجه التعارض بينها وبين الدستور؛ ولا تصحيحها بما يوافقها مع أحكامه. وإنما ينحل هذا الجدل فى حقيقته إلى صورة مظهرية للحوار، لا ينال من جوهر نصوص مشروع القانون المعروض عليها، لتظل أسسها على حالها مع تعديل بعض تفصيلاتها على استحياء، وبما يقتصر -غالبا- على مفرداتها اللفظية التى لا تؤثر صياغتها من جديد فى المضمون المتكامل لمشروع القانون، ولا فى الأغراض التى يتوخاها.

ويمتدح فى إطار هذه الأوضاع، أن يكون للسلطة التشريعية سياستها الخاصة بها؛ ولا أن تتناقض السلطة التنفيذية أو تعارضها فى توجهاتها. وكثيرا ما يكون سعيها لإرضائها، قبولا كاملا وفوريا بمشروع القانون المقدم منها، ولو كان مخالفا للدستور.

وأعضاء السلطة التشريعية لا تعيهم هيئة الناخبين التى يفترض أنها أنابتهم عنها فى شئونها وحوادثهم تصريفها؛ وهم يصورون دوما أنهم لا يحاسبون أمامها، وإنما أمام السلطة التنفيذية التى كان لها فضل ترشيحهم، ودعم حملتهم الانتخابية؛ وقهر خصومهم، وتحويل إرادة الناخبين سواء بتزييفها أو تشويهها، خاصة وأن عضويتهم فى السلطة التشريعية تمنحهم حصانة يتعاملون معها كقناع يخفيهم عن يد القانون.

وكان على السلطة التشريعية بالتالى أن تقر القوانين التى اقترحتها السلطة التنفيذية، أيا كان قدر إخلالها بحقوق المواطنين وحرياتهم، لأنها صوتها وإرادة التعبير عن مطالبها أيا كان قدر جموحها.

والمواطنون يواجهون هذه الملهاء بأعين دامية، فلم يكن الباطل يوماً قرين الحق، ولا الحق كلمة جوفاء يراد بها الهزل في مواطن الخطر. وكان من المفترض منذ بدء ثورة ٢٢ يوليو، أن ترقى بمواطنيها بما يكفل ارتفاع رومهم وثباتها. ولكنها خفضتها نارة من خلال تدابير استثنائية اتخذتها السلطة التنفيذية لإهدار كرامتهم؛ وطورا من خلال قوانين كان عصفها بهم شديدا، ووقعها سينا حتى على حقهم في الحياة وجوهر حرياتهم.

ولم يكن أمام المحكمة الدستورية العليا إلا أن تعيد للحرية توازنها، ولتقيم الإنسانية حقيقتها، وأن ترد إلى المواطنين حقوقا طال غيابها. وهو ما وقع على الأخص بإبطالها قوانين العزل السياسي، وجانبها من قوانين مباشرة الحقوق السياسية، وقوانين تكوين السلطة التشريعية، وتشكيل المجالس الشعبية المحلية^(١). وكذلك بحرصها على ضمان جوهر الحرية الشخصية وحرية التعاقد والحق في الملكية. ولا تزال كثرة القوانين المعمول بها في مصر معيبة دستوريا بالنظر إلى تعبيرها عن إرادة السلطة التنفيذية في السيطرة على الحياة السياسية في مصر حتى تملكها من كل نولسيها وفي أنق توصيلاتها، فلا ينازعها أحد في شأن من شؤونها، يعاونها في ذلك تنظيم حزبي من خلقها لا تقوم مع وجوده تعدية حزبية حقيقية؛ ولا تدول للسلطة بين أغلبية وأقلية تتبادل مواقعها. إذ الأغلبية نوما لحزبها، وهي تصطنعها بوسائلها ولوائها. فلا تقوم قائمة للتبوير إلا من منظورها، ووفق تصورها الخاص، وفي الحدود التي تقبلها.

وصوتها وحده هو الأهم؛ وقراراتها هي الأحق بالاعتبار، وموقفها من الحرية، هو ما تنوء من أوصافها والقيود عليها؛ وكلمة للقانون هي اجتهادها وفق مصالحها.

(١) انظر في ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية - جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ - قاعدة رقم ٥١ ص ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث؛ وفي القضية رقم ٤٤ لسنة ٧ قضائية دستورية - جلسة ٧ مايو ١٩٨٨ - قاعدة رقم ١٦ ص ٩٨ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية دستورية - جلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ - قاعدة رقم ٣٣ ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ٨ دستورية - جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٩ - قاعدة رقم ٢٧ ص ٢٠٥ وما بعدها من الجزء الرابع؛ والقضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضائية دستورية - جلسة ٤ أبريل ١٩٨٧ - قاعدة رقم ٣ ص ١٩ وما بعدها؛ والقضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢٧ ص ٤٧٠ وما بعدها من الجزء السابع.

وفى ذلك تفويض للشرعية الدستورية. ومخضها أن القانون هو الضمان النهائي للحرية، ولا حرية بغير ديموقراطية، ولا ديموقراطية بغير لأهياكل والحقوق التى تقضى إليها، ويندرج تحتها وجود معارضة منظمة لها من قوتها وعناصر تماسكها، ما يوازن الأغلبية البرلمانية ويحملها على الاعتدال فى مواقفها، ويصححها كذلك عند الانحضاء.

الفصل الثالث عشر

الدولة القضائية على الدستور وعلاقتها الديمقراطية

المبحث الأول

السلطة المقيدة كضمان نهائي الحرية

٢٧٨- ظل الفقهاء، ولفترة طويلة، ينظرون إلى الدستور باعتباره وعاء السلطة من جهة توزيعها وتنظيمها، وبيان حدودها^(١).

أما حقوق المواطنين وحررياتهم، فإن الدستور وإن كان لا يتجاهلها، إلا أن حمايته لها لم تكن عندهم غير النتيجة الحتمية لعملية تقسيم السلطة بين أفرع ثلاثة، كبديل عن تركيزها في جهة واحدة تقبض بيدها على كافة مظاهرها.

ولم يكن كافلاً لحقوق الأفراد وحررياتهم غير تقيد السلطة لنفسها وببفسها، وتحديد أوصافها الأكثر حماية لحقوق مواطنيها وحررياتهم، وذلك من خلال الفصل بين سلطة إقرار القوانين، وتنفيذها، ومباشرة السلطة القضائية لولايتها^(٢).

وإذا كان الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم حول أفضلية بعض النظم للديموقراطية على غيرها، إلا أن اتفاقهم كان كبيراً حول مسألة أساسية هي أن السلطة -ومن خلال القواعد التي تنظم مباشرتها وتكبح جماحها- هي الضمان النهائي للحرية^(٣).

وهم يؤيدون نظرتهم هذه قائلين بأن فصل مظاهر مباشرة السلطة عن بعضها بصورة جامدة، أو تمجها في بعض في صورة كاملة؛ وإن كانا معنيين ينفان الفصل العرن بين الأفرع التي تباشرها، وضرورة تحقيق قدر من التوازن بينها؛ إلا أن الجدل ظل دائراً حول مفاهيم تقليدية تقوم على أن الحرية لا يكفلها إلا فصل السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، وكلاهما عن السلطة القضائية، مع تحديد حقوق كل منها بصورة دقيقة^(٤).

(١) تنص الجملة الثانية من المادة ١٦ من الإعلان الصادر في ١٧٨٩/٨/٢٦، على أن المجتمع لا يعتبر حائزاً لدستور إذا لم يتم فيه الفصل بين السلطات.

(٢) Montesquieu. De l' esprit des lois, livre XI, chap. 6, P.U.F., 1984.

(٣) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 3 e édition, p. 388.

(٤) Michel Troper, la séparation des pouvoirs et l' histoire constitutionnelle française, L.G.D. 1980, p. 205.

المبحث الثاني

الديموقراطية إطار عام لحقوق المواطنين وحرياتهم ووعاء الدستور

٢٧٩- غير أن المفاهيم السابق بيانها، لم تحظ دوما بالقبول العام، تأسيسا على أن الدساتير في تطور، والراهن، تلهمها حقوق للمواطنين وحرياتهم التي تحرص على بيانها بما لا تجهيل فيه^(١)؛ وأنها لا تولى مبدأ تقسيم السلطة وتوزيعها، الأهمية ذاتها التي توليها لكل حق أو حرية كفلتها؛ وأن العمل في كثير من الدول، قد دل على أن تقسيم السلطة آل إلى توحيدها من خلال سيطرة بمسئلتها السلطة التنفيذية المنتخبة -عن طريق رئيسها- على مظاهر الحياة على اختلافها، ولتفضيلها من الآخرين الفخوض لها، والنزول على توجيهاتها، بل وطلبها أن يكون الولاء لها كاملا ليس فقط في فرنسا، ولكن كذلك في النمسا والسويد وأستراليا والبرتغال، بالرغم من تباين دساتير هذه الدول في تنظيمها لأفرع السلطة وقواعد توزيعها.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها رئيس مجلس الوزراء هو السلطة القابضة على مقاليد الأمور، فإن دور السلطة التشريعية يتضاءل إلى حد كبير.

وكان لاختلال التوازن بين حقوق السلطة التي تحوزها من خلال امتيازاتها، وحقوق المواطنين وحرياتهم التي يطالبونها، أثر كبير في الانتقال من مفاهيم تقسيم السلطة وتوزيعها، إلى مفاهيم تتاقضها حاصلها أن الدستور يكلل للديموقراطية أسسها عن طريق ضمانه لحقوق المواطنين وحرياتهم.

Passage de le constitution- séparation des pouvoirs à la constitution- garantie des droits.

ذلك أن الدستور ليس السلطة موزعة أو مقيدة. وإنما هو حقوق المواطنين وحرياتهم la constitution c'est la garantie des droits فالحرية لا تكفلها السلطة أي كان نوع القيد التي فرضها الدستور عليها. وإنما تصونها وتدعمها وثائق إعلان الحقوق التي يفرضها المواطنون على حكامهم ويلزمونهم احترامها. فضلا عن أن تعزيز الديمقراطية وفق صحيح أسسها،

(١) انظر في ذلك الجملة الأولى من إعلان ١٧٨٩/٨/٢٦ الفرنسي التي تقول:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ... n'a point de constitution

وترجمتها: "لا يعتبر المجتمع حائزا للدستور، إذا لم تكن ضمانات حقوق الأفراد مكفولة فيه".

يفترض أن تركز الدساتير اهتمامها على الفرد لا على السلطة، وعلى حقوقه وحرياته التي تحدد إطارا منطقيا لروابطه بها، خاصة وأن هذه الحقوق والحرية هي التي تتدخل جهة الرقابة على الدستورية -في الأعم- من أجل ضمانها بصورة مطردة، ومن خلال مفاهيم ألحقتها بقواعد الدستور ذاتها، مما أحدث تغييرا في نوعيتها.

ولم يعد كافيا بالتالي أن تصوغ الدساتير أحكامها بما يجعل كميتها أكبر في اتجاه حقوق الأفراد وحرياتهم، تصمما لتولدها مع السلطة بكل امتيازاتها؛ وإنما كان على جهة الرقابة على الدستورية أن تتدخل بصورة عملية -من خلال مذهبها ووسائلها- لدعم حقوق مواطنيها وحرياتهم، وأن تقوم لصرحها منظورا قضائيا *la charte jurisprudentielle des droits et libertés*، مغايرا بالضرورة لوثائق إعلان الحقوق في صيغتها النظرية.

وهذا الانتقال من المفاهيم التي تنظر إلى الدستور باعتباره وثيقة لتنظيم السلطة، إلى أفكار تناقضها تقوم على أن الدستور هو حقوق المواطنين وحرياتهم، هو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية على ألا تنقد نفسها بالقائمة المغلقة التي حصر الدستور حقوق المواطنين وحرياتهم فيها. ذلك أن هذه القائمة المغلقة *la liste close* لا تضمنها في الأصل إلا قواعد اللعبة السياسية التي تتحدد ضوابطها على ضوء حقيقة الروابط بين مراكز القوة المؤثرة في المجتمع؛ وفي الحدود التي يؤكد المواطنون فيها -ربكل فئاتهم- يقطعهم في الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم^(١).

ولا كذلك أن تكون قائمة حقوقهم وحرياتهم هذه، من إبداع جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية. ذلك أن هذه القائمة تزداد طولاً وعمقاً *En largeur et profondeur* مع كل حكم يصدر عنها متضمنا مبدأ دستوريا جديداً^(٢). لتحل محل القائمة المغلقة، قائمة جديدة مختلفة

(١) انظر في ذلك الوثيقة النهائية للدستور ٣ سبتمبر ١٧٩١ للفرنسي التي جاء فيها أن وظيفة الآباء والأزواج والأمهات، وأعيانهم الساهرة وكذلك الشباب وكافة المواطنين، هي الضمان لحقوقهم.

La vigilance des pères de famille, des épouses et mères, des jeunes citoyens et de tous les français.

(٢) فما قرره المحكمة الدستورية العليا من أن القوانين الجنائية يجب أن تصاغ في حدود ضيقة، وأن تتضمن إخطارا كافيا بحقيقة الأفعال التي تؤثمها، يعد مبدأ دستوريا جديدا كغلا حقوقا للمواطنين لم ينص عليها الدستور. وكذلك الأمر بالنسبة إلى ما جرى به قضاؤها من أن النصوص العقابية لا يجوز أن تكون مفرطة في قسوتها أو ممتعة في الحط من كرامة الإنسان؛ ومن عدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة على فعل واحد، أو تعيق حريته على وجه آخر، بغير الوسائل القانونية السليمة. فكل أولئك مبادئ لا ينص عليها الدستور، ولضلفتها للمحكمة الدستورية العليا إلى هذه الوثيقة مما جطها جزء منها.

عنها، ولا تتأتى حمايتها إلا عن طريق الأحكام القضائية التي تصدرها الجهة القضائية للرقابة على الدستورية، والتي لا يجوز الامتناع عن تنفيذها أو التراخي فيه. ولم يعد صحيحاً مطلق القول بأن كل قاعدة قانونية يأتي بها القانون، يجوز إلغاؤها بقانون لاحق. C'est qu'une loi à fait une autre loi peut le défaire. ذلك أن تعديل السلطة التشريعية للقوانين أو إلغاؤها، وإن كان يدخل في وظيفتها، إلا أن سلطتها في ذلك حدها قواعد الدستور التي تمنعها من أن تقر أو تعدل قانوناً يخل بفرائض لها طبيعة دستورية^(١) Des exigences de caractère consitutionnel، وإلا بطل كل قانون ينتهكها^(٢).

وزاد من قوة هذا الاتجاه، أن دور جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لم يعد مجرد تطوير دائم لحقوق المواطنين وحرياتهم، وإنما تعداه إلى العمل على حمايتها من خلال أحكامها التي يخرج بها الدستور من صورته الأولى إلى صورة جديدة تكونها هذه الجهة بنفسها. L'écriture juridictionnelle des droits. وهي صورة لا تعمل في فراغ. ذلك أن التعديل في أحكامها أو تحويلها أو العدول عنها يقتدر دوماً جزاء يمثل ضماناً قضائية أعلى في وزنها وقيمتها من نصوص الدستور في صيغها المجردة والهامدة L'écriture institué.

وعلى ضوء ذلك الصورة الجديدة لحقوق المواطنين وحرياتهم لا تظهر نصوص الدستور كمجرد إطار لتنظيم الروابط داخل الدولة فيما بين مؤسساتها، وإنما بوصفها سبيل النظر إلى غاياتها النهائية- إطاراً لحدود علاقتها بمواطنيها التي لا يكتفها غير آلية قضائية ينشئها الدستور ولا تنوخي غير تطوير حقوق المواطنين وحرياتهم، ومجابهة كل إخلال بها، ولو صدر عن السلطة التشريعية ذاتها التي كان ينظر إليها قديماً باعتبار أن تشريعاتها هي التي تبلور السيادة الشعبية؛ وأن تمثيلها لهيئة الناخبين يعطيها قوتها ومكانتها وهيبتها، وينقل إليها حقوق السيادة التي تملكها؛ وأن الإرادة البرلمانية بالتالي la volonté parlementaire هي ذاتها إرادة الجماهير في مواقعها المختلفة La volonté général de la Nation، ومن ثم تنصهر هاتان الإرادتان وتندمجان، لتظهر الإرادة البرلمانية كرافعة فعلية للسيادة الشعبية^(٣).

l'érigeant effectivement en souverain.

(١) C.C.84- 185 D.C., 18 janvier 1985, R. p.36; C.C., 89- 259 D.C., 26 juillet 1989, R.p.66.

(٢) C.C. 90 - 281 D.C. , 27 decembre 1990 R. p. 91.

(٣) Carré de Malberg , la loi . expression de la volonté générale, Economica 1984.

يبدو أن تصور قيام الديمقراطية على هذه المفاهيم، كان معيباً من جهتين:

أولاهما: أنها لم تكن غير تعبير عن تسلط السلطة التشريعية حتى لا نتقيد بضوابط تحد من حركتها. شأن موقفها في ذلك، شأن ما قرره لويس الخامس عشر من أن حقوق المواطنين وحرياتهم لا يجوز فصلها عن حقوق ملوكهم ومصالحهم، بل يتعين دمجها في بعضها البعض لضمان تماسقها^(١).

ثانيتهما: أن حقوق من يباشرون السلطة، يتعين تمييزها عن حقوق الخاضعين لها، فلا تختلط حقوق المواطنين بمصالحهم. وإنما يكون لحقوق المواطنين ذاتيتها التي تنفصل بها عن حقوق السلطة وامتيازاتها، بما يسمق الفواصل بين الفريقين، تؤكد حقيقة قانونية مفادها أن الدستور لا يتوخى بالقيود التي يفرضها على مباشرة السلطة لامتيازاتها، غير ضمان خضوعها لإرادة مواطنيها الذين يملكون حقوق السيادة الفعلية التي تفرض نفسها على كل سيادة غيرها حتى تكون موضعها ومركزها، خارج حدود كل دائرة تعمل على خلاتها.

وإذا كان العمل قد دل على إخفاق الديمقراطية المباشرة - وهي تعبير مباشر، وكامل عن السيادة الشعبية - بالنظر إلى تعذر تطبيقها عملاً، مما حمل الجماهير على إدخالها بالديمقراطية التمثيلية التي تفوض بها الجماهير من يوبون عنها في التعبير عن إرادتها؛ إلا أن هؤلاء قد لا يفلحون في التعبير عما تريده الجماهير، أو يخونونها، أو يسيئون فهمها، أو يعرضون قضايها بالطريقة التي لا تكفل مصالحها. ويتعين بالتالي تقويم تصرفاتهم من خلال إبطال جهة الرقابة القضائية للقوانين التي أقرتها، على ضوء نظرتها إلى الدستور باعتباره وثيقة لحقوق المواطنين. La Constitution charte des droits لا يكفلها سواها، بحكم استقلال موقعها عن كل من السلطة التشريعية والتنفيذية. فلا يقيمها الدستور داخل حدودهما، ولا في منطقة التماس معهما، ولا حتى على خطوطها.

وهي فوق هذا لا تقرر فقط أن لكل من الحكام ومحكوميه حقوقاً مختلفة، ولكنها تتدخل من خلال رقابتها لبيان قائمة الحقوق التي يملكها كل فريق في مواجهة الآخر، ولتحديد نوع المصالح التي يختص بها.

(١) انظر خطاب لويس الخامس عشر إلى البرلمان في ١٧٦٦/٣/٢

Jean- Yves Guimar, L'idéologie Nationale, champ libres 1974, p. 39.

فالمصالح السياسية التي تعمل السلطان التشريعية والتنفيذية على تحقيقها، لا يجوز أن تقلص التكوين المدني لمجتمعها الذي تتقوى فيه حقوق الأفراد على تلك المصالح. ذلك أن الأفراد يباشرون السيادة الشعبية التي كان ارتباطها قويا بالحقوق التي كفلتها في وثائق إعلان الحقوق، وعلى الأخص كلما دل القبول بهذه الوثائق عن طريق استفتاء عام، على الانضمام إليها فيما قررته من حقوق^(١).

ولقد كان انحياز جهة الرقابة على الدستورية للسيادة الشعبية في حقيقة مدلولها - التي لا شأن لها بالطبيعة التمثيلية للبرلمان - مفضيا إلى تغيير في نوعية المفاهيم الديمقراطية التي يلتزمها المشرع *la qualité démocratique de legislation*. وهو تغيير لن يكتمل في فرنسا إلا بتحويل الأفراد حق اللحن في دستورية القوانين التي يضر تطبيقها بمصالحهم، ولو كان ذلك بعد العمل بها^(٢).

(١) أعلى المجلس الدستوري الفرنسي قيمة دستورية لحقوق الملكية، وعليها على الإرادة البرلمانية قاضيا بأن الشعب الفرنسي هو الذي راض بمقتضى الاستفتاء الذي تم في ٥ مايو ١٩٤٦ إصدار إعلان جديد لحقوق الإنسان ويشمل مبادئ غير التي سبق إعلانها عام ١٧٨٩. كذلك فإن هذا الشعب هو الذي وافق على استفتاء ١٣/١٠/١٩٥٨ على نصوص تحلّي القيمة الدستورية للمبادئ والحقوق المعن عنها في ١٧٨٩.

(٢) ومن ذلك ما قرره بعض الفقهاء من أن المجلس الدستوري في فرنسا قد أعطى البرلمان بقراره رقم 21 Janv. 1990, R.P. 11 D.C. 89-271 درساً في الديمقراطية حين وضع البرلمان قيسودا غير مبررة على حرية تنقذ الآراء والأفكار كذلك دمج المجلس الدستوري بالبطان تشريعا برلمانيا فرق فيه بين المواطنين والأجانب بعد أن استبعد الأجبي المقيم بانتظام في فرنسا من الحصول على المعونة الاجتماعية التي يحصل عليها المواطن 13 Janv. 1990, R.P. 22 D.C. 89-269 C.

المبحث الثالث

انهيار مفاهيم الديمقراطية التمثيلية، ومقوط ميراثها.

٢٨٠- على أن الديمقراطية المعاصرة، وإن كانت هي الديمقراطية البرلمانية التي ترفض تأسيس سلطة الأمير على مشيئته التي يقيما على الحق الإلهي *Le droit divin*، وتأخذ بما تنص عليه المادة ٦ من إعلان ١٩٨٩ التي تقضي بأن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة، وأن لكل المواطنين الحق في العمل معا -سواء بأشخاصهم أو عن طريق ممثلهم- من أجل تشكيله؛ وكان من يمثلون المواطنين في مجموعهم، قد صاروا مسؤولين عن التعبير عن هذه الإرادة بعد سقوط الديمقراطية المباشرة؛ وكان القانون قد صار بالتالي مركز الديمقراطية النهائية التي تقتض وجود ممثلين للجماهير أبايتهم عنها في مباشرة الوظيفة التشريعية، وفوضتهم كذلك في النظر في شؤونها *Chargé par la Nation de vouloir pour la Nation* فلا تكون القوانين التي يقرونها -بالضرورة- غير تعبير عن إرادة الجماهير؛ إلا أن الديمقراطية التمثيلية لم تكن في حقيقتها غير خلط بين إرادة الجماهير، وكيفية التعبير عنها. ذلك أن إرادة الجماهير لا يشكلها عدد الأفراد الذين يسمون في تكوينها، ولا نوعيتهم. وإنما الإيمان بالقيمة المطلقة لحكم العقل^(١) *La croyance de la valeur absolue de la raison* هو الذي يضمن عليها قيمتها.

وفي هذه الحدود، ارتبط مبدأ سيادة القانون بالخضوع الكامل لقرائض العقل وموجباته التي يلتزمها البرلمانيون في تحديد مضمون كل قانون يقرونه. وكذلك في مناقشتهم داخل البرلمان، وأساسها المواجهة، والعلانية، والحوار المنظم.

بيد أن ما يلاحظ اليوم هو أن البرلمانيين فقدوا مصداقيتهم ومكانتهم. ذلك أنهم يقدمون مصالح حزبهم على مصالح أمتهم، وتتجاز تشريعاتهم كذلك لهيئة الناخبين أكثر من استجابتهم لحكم العقل؛ مما جعل جماعات الضغط والنظم النقابية، والجمعيات أفضل تمثيلا من البرلمانيين وأعمق تأثيرا في التعبير عن إرادة الجماهير وتشكيلها.

فضلا عن أن ضوابط الائتزام الحزبي *Le discipline majoritaire* كثيرا ما يصير بها الحوار داخل البرلمان عقيما جدبا.

(١) يقول جورج بورديو أن القانون باني منطقي يفرضه مقتضيات العقل، *U n édifice rationnel élevé pour des êtres de raison* [George Burdeau: Une survivance: la nation de constitution, sirey1956,p.53].

وتقوم الصحافة اليوم بدور البرلمان فيما يتعلق بتبصير المواطنين بحقيقة الأوضاع التي يعيشونها، وبتشكيل إرادتهم بما يحق طموحاتهم ويعبر عن روحهم، ويفرض أشكالاً من الرقابة على حكاهم.

وكان ارتباط أعضاء السلطة التشريعية بالمواطنين بالتالي، أقل بكثير من تأثير وسائل الإعلام عليهم، سواء من خلال إقناعهم بالحقائق، أو تشكيل أفكارهم، أو التعبير عن آمالهم، أو دعم مواقفهم في مواجهة السلطة^(١).

ولفترن أفول مركز البرلمان، بطور آخر من أطوار الديمقراطية المعاصرة، تمثل في سيطرة التكنوقراطيين على مقلب الأمور في أوطانهم من خلال مفاهيم العدالة الاجتماعية، والأداء الأفضل لتحقيق المهام الوطنية.

وقد كان لهذه المفاهيم العلمية دور حتى في تحقيق الديمقراطية السياسية، وذلك بالنظر إلى تجردها من كافة العوامل الشخصية؛ ومن كل تأثير من طبيعة أيديولوجية؛ وكذلك من خلال فعالية وحيدة النشاط العام^(٢). بل إن الحقائق العلمية التي قام عليها هذا الطور من الديمقراطية المعاصرة؛ هي التي أفاد المشروع منها في تطوير القوانين التي أسسها عليها.

بيد أن هذا الشكل الجديد للديمقراطية مرعان ما أخفق في ضمان الحماية الحقيقية لحقوق المواطنين وحرياتهم، وذلك بالنظر إلى عمق اقتناعهم بأن الإدارة لم تفلح في مواجهة العوائق الاقتصادية وعثراتها وأزماتها؛ ولا في تحقيق معدل معقول للتنمية؛ ولا في ضمان الحماية الاجتماعية للناس جميعهم. وحتى كفايتها في العمل، صار مشكوكاً فيها. وتحجر قلوبها ونمطية تصرفاتها، آل كذلك إلى جمود مجتمعها، بل وحصاره.

ولم تعد الإدارة بموظفيها التكنوقراطيين هي الأفضل على العمل. وكان ملحوظاً كذلك شلها للمبادرة الفردية، وتوقيضها فرص للنظم المختلفة في النهوض بمسؤوليتها، مما ألحق بحريات الأفراد أسوأ المخاطر، بالنظر إلى سيطرتها الكاملة على شئون مجتمعها^(٣) La maître absolue de la société.

(١) Walter Begehat, La Constitution Britannique, Paris - Germer- Bailliére, 1869.

(٢) Georges Burdeau, L' Etat, Seuil, 1970, p. N 7.

(٣) Jacques Chevollier, La fin de l'Etat providence, projet, Mars 1980.

المبحث الرابع

دور جهة الرقابة على الدستورية في تعصيق الديمقراطية

٢٨١- - وإذا كان من الفرائض التي تقتضيها الديمقراطية المعاصرة، مواجهة أعمال السلطة - وبصورة مطردة - بالقيم التي ارضتها الجماعة وشخصتها، فقد كان من المنطقي أن يطو دور القضاء في النظم للدستورية ذلك أن الوظيفة التي يتولونها انتقادية بطبيعتها Une fonction critique تنفي تحليل أعمال السلطة بقصد تقييمها، ولتحقق من مطابقتها للقيم التي قام مجتمعهم عليها، كقيم للتكافؤ في المعاملة للقانونية، وفي الحرية، وفي الملكية. وظهر القضاء بوصفهم أماء على هذه القيم، يحرسونها ويردون كل عدوان عليها Les gardiens des valeurs ، ويستخلصون كذلك الضوابط التي يحدون على أساسها، ما إذا كان العمل الصادر عن السلطة يعتبر صحيحا أو باطلا. وكان موقفهم من قيم الجماعة وثوابتها ليس فقط مجرد استظهارها، وإنما كذلك تطبيقها في شأن أعمال السلطة جميعها لضمان خصائصها الديمقراطية.

٢٨٢- - وقد أثار ذلك تساؤلا حول الشرعية الديمقراطية لتدخل القضاء - غير المنتخبين - في أعمال أية سلطة منتخبة بطريق الاقتراع العام المباشر^(١).

وهو تساؤل رد عليه الوضعيون والطبيعيون بطرق مختلفة، وإن كانت نقطة البداية فيها تقتضى تحديد مفهوم الديمقراطية التي يعمل القضاء في إطارها.

٢٨٣ - فالوضعيون Les positivistes يفسرون الشرعية الديمقراطية لتدخل للقضاء في أعمال السلطة المنتخبة، بقولهم بأن تقرير عدم دستورية القانون يفترض أولا تحقق خلال إجراءات فيه Irregularité de procedure^(٢) ويميزون في ذلك بين منطقة الشرعية الدستورية التي تعينها السلطة التأسيسية؛ ومنطقة الشرعية القانونية التي يختص البرلمان بها. فإذا تدخل المشرع في منطقة الشرعية الدستورية سواء بتنظيم مسائل من طبيعة دستورية، أو بإقراره قوانين تنقض في مضمونها المبادئ الموضوعية التي وضعتها السلطة التأسيسية؛ فإن المشرع يكون قد جاوز حدود

(١) Georges Védél, la conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l' homme, Pouvoirs, 1988, no. 45, P.P. 149.

(٢) Charles Eisenman, La justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d' Autriche , Economica, 1986, p.17.

ضوابط الاختصاص التي وضعتها هذه السلطة للفصل بين منطقة الشرعية الدستورية، ومنطقة الشرعية القانونية. فلا يكون إبطال القوانين التي أقرها المشرع غير جزء على تنظيمه مسائل، أو إرادة لنصوص قانونية لا يختص بها. وليس في تقرير هذا للجزء مخالفة لأصول الديمقراطية ومبادئها. ذلك أن قضاء الشرعية الدستورية لا يعلو بإرادتهم على البرلمان، ولا يفرضون وجهة نظر شخصية يدحضون بها إرادة الجماهير التي يعبر عنها نوابهم البرلمانيون، ولا يبحثون في القيمة الداخلية للقانون *La valeur intrinsèque de la loi* ولا ينظرون كذلك في الخصائص الخلقية التي يقوم عليها *La moralité de la loi* ولكنهم يكشفون فقط عن انقضاء ولاية المشرع فيما أقره من النصوص القانونية المطعون عليها. وهذا هو الحال الإجرائي في هذه النصوص التي يجوز إقرارها من جديد بعد ثقلها^(١).

وفضلاً عما تقدم، يقول الوضعيون بأن كل سلطة أنشأها الدستور، عليها أن تمثل لأحكامه، وأن تعمل في إطارها. بما يقيم تدرجاً هرمياً بين الدستور والسلطة التي أحدثها. فإذا نقص قضاء الشرعية الدستورية قانوناً مخالفاً في شكله أو مضمونه لقواعد الدستور التي تمثل للتعبير الأعلى عن السيادة الشعبية، فإنهم يقدمون بذلك هذه السيادة على عمل البرلمان. ويحفظون بذلك للديمقراطية أسسها وضوابطها.

فلا يخلون بالقيم الديمقراطية، ولكنهم يوتقونها عن طريق تغليبهم الدستور وهو التعبير الأعلى عن السيادة للشعبية- على كل سلطة في الدولة، بما في ذلك قضاء الشرعية الدستورية أنفسهم الذين لا يجوز لهم مراقبة دستورية القوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام^(٢).

(١) والسلطة التأسيسية - لا المشرع المادي - هي التي تتولى تصحيح القانون المعيب بعدم الاختصاص. وذلك من خلال قانون دستوري *Par la voie d'une loi constitutionnelle*.

(٢) من المفترض في جهة الرقابة على الدستورية أن تخضع للدستور شأنها في ذلك شأن السلطتين الأخريين. ولا يجوز بالتالي أن تطو أحكامها على السيادة الشعبية. ومن ثم ما ع في بعض الدول كالنمسا والبرتغال، أن يعيد البرلمان بأغلبية خاصة إقرار القانون الذي قضى بعدم دستوريته. وفي فرنسا يستطيع الشعب بعد دعوته إلى استفتاء عام، أن يؤكد موافقته على القانون الذي حكم بعدم دستورية بقسرار من المجلس الدستوري الفرنسي. وفي ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي الحصول على رقبته في القوانين التي أقرها البرلمان لا تلك التي وافق الشعب عليها في الاستفتاء.

٢٨٤- والطبيعيون *Les jus-naturalistes* يؤيدون كذلك تدخل قضاء الشرعية للدستورية في أعمال البرلمان، ولكنهم يؤسسون هذا للتدخل على حجتين مختلفتين:

لأولهما: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، هي النتيجة الطبيعية لخصائص حقوق الإنسان في عالميتها وتفوقها؛ وعدم جواز الإخلال بها؛ وسبق وجودها حتى على وثائق إعلان الحقوق التي قننتها ووثقتها علاتية. ذلك أن حقوق الإنسان كلمنة ليه، وليس للسلطة السياسية ولا للجماعة التي يرتبط بها، من شأن محتواها بالنظر إلى خروجها عن دائرة كل تنظيم من طبيعة وضعية.

وحتى بعد انتقال الأفراد من حالتهم البدائية إلى حالتهم المدنية، فلن دستور الدولة -وهو من تأسيسهم- ظل قائما على ضمان حقوقهم السابقة على وجوده. وهو ما تنص عليه المادة الثانية من إعلان ١٧٨٩ من أن صون حقوق الإنسان في الحرية، وفي الملكية، وفي الأمن، وفي عصيان صور القهر والاضطهاد. يبلور حقوقه الطبيعية التي لا يشملها التقادم والتي تتوخى تحقيقها كل جماعه سياسية.

وليس لأية سلطة في الدولة بالتالي أن تبتدع ما تراه من الحقوق. إذ لا يسعها -وبالنظر إلى علو حقوق الإنسان عليها، ووجودها قبلها- غير أن تكون الحقوق التي تلتمس وحقوق الإنسان هذه التي يتعين أن ينظر إليها باعتبارها موجهة للقوانين في حركتها، لتعرض نفسها عليها كحقيقة أمره تنسم بالإطلاق..

ومن ثم تعامل حقوق الإنسان باعتبارها ولقعة خارج دائرة عمل السلطة السياسية^(١) فإذا كفلها قضاء الشرعية الدستورية من خلال فصلهم في دستورية القوانين للتحقق من إخلاصها أو تقديما بهذه الحقوق، فلن عملهم لا يكون مخالفا للقيم الديمقراطية.

ذلك أن مفهوم القانون لا يتحدد إلا في ضوء تلك الحقوق، التي تعرض نفسها على السلطة السياسية. ولا يعدو هذا المركز الخاص لحقوق الإنسان الواقعة فيما وراء السلطة السياسية، أن

(١) انظر في ذلك ص ١٧ و ١٨ من مؤلف:

يكون وعاء الشرعية الدستورية للقوانين جميعها. ذلك أن فضاء هذه الشرعية يكفلون إنفاذ تلك الحقوق من خلال إبطال القوانين التي تخالفها.

وهم بذلك يصونون حقوق الإنسان ويحرسونها، ولا يعارضون القيم الديمقراطية، وإنما يعطونها للتعبير الأعلى من خلال ضمان خضوع الدولة للقانون بصفة كاملة وفعالية. فلا تطبق يدها في كافة الشؤون L'absolutisme، ولا يقارن التحكم L'arbitraire بتصرفاتها. وإنما الحقوق السابقة على القانون هي التي تغيره. وتفرض عليها الانصياع للقضاء الذين يلزمونها بالخصوع لها.

ومن ثم تنقذ الدولة بالقانون، لا لأنه من صنعها Théorie de l'autolimitation وإنما لأن الدولة تجد نفسها مجابهة بحقيقة قانونية تطوها وتستغل عنها وتحملها على النزول عليها Théorie de l'hétérolimitation.

وينبغي أن يلاحظ على الأخص، أن الرقابة على دستورية القوانين لا تعتبر مجرد آلية من طبيعة فنية تقتصر أهدافها على مجرد إخضاع الدولة بكافة أجهزتها لمبدأ التدرج في القواعد القانونية. ولكنها أولاً وقبل كل شيء وسيلة إلزامها باحترام حقوق الإنسان وحياته، وضمان تفويض دولة القانون لا بالقانون بوجه عام ولما كان محتواه، وإنما بكافة القوانين التي تعبر عن قيم الحرية والمساواة والتسامح.

وجميعها حقوق تكفل انتفاع الأفراد بها في مواجهة الدولة التي قد تعارضها. فلا يكون اعترافها بها عن طريق مؤسستها -والقضائية منها بوجه خاص- غير تأكيد لسموها عليها، وتعميق للقيم الديمقراطية.

ثانيهما: أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي النتيجة المنطقية لفرض الديمقراطية المعاصرة. ولا جرم في أن للديموقراطية مفاهيم مختلفة من بينها تلك التي نقيسها عن قاعدة الأغلبية البرلمانية التي جاوزها الزمن، أو على الأقل لم تعد كافية لتأسيس الديمقراطية. ذلك أن الديمقراطية الحقيقية اليوم، هي التي تتضمن -بين ما تشمل عليه- صون حقوق الإنسان؛ وتفترض وجود نظم لها فعاليتها تكفل لهذه الحقوق احترامها في مواجهة الأغلبية

البرلمانية التي قد تنتهكها حتى يفيد منها الأفراد بأقلياتهم وطوائفهم وأربابهم وأيما كان قدر اختلافهم فيما بينهم.

وقد تحقق للديموقراطية صحيح مفهومها منذ أن قرر المجلس الدستوري الفرنسي في ١١/١٩٩٠، أن التعددية في الآراء والأفكار، هي أساس الديمقراطية. وصارت الديمقراطية بالتالي مفهوما قضائيا متحركا، وقاعدة للحكم القضائي على أعمال الدولة وتصرفاتها^(١).

La démocratie ainsi définie, devient donc un concept constitutionnel opératoire. C'est à dire une règle de jugement des actes de l'Etat.

(١) C.C. 89- 271, D.C. 11 janv. 1990, R.p. 21.

المبحث الخامس

تقييم عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية

٢٨٥- على أن نقطة البداية التي يؤسس عليها الوضعيون والطبيعيون موقفهم من الرقابة على الشرعية الدستورية، تفترض أن الدستور حقيقة لها وجودها فيما وراء جهة الرقابة على الدستورية، وأنها تفرض نفسها عليها، وأن القواعد الدستورية -الشكلية منها والموضوعية- تحمل في ذاتها دلائل معانيها، فلا تستبطن جهة الرقابة القضائية منها هذه المعاني، إذ هي واضحة مسن ذات قواعد الدستور. وإن يكون إبطالها للقانون المناقض للدستور بالتالي، غير مجرد إخطار للمشرع بالمخالفة التي ارتكبها.

فإذا علق قانون وجود الجمعية على شرط الترخيص السابق بإنشائها، فإن جهة الرقابة إذ تبطل هذا القانون، فإن عملها أن يزيد على مجرد تنبيه البرلمان إلى أن حرية تكوين الجمعية تتناقض تعليق وجودها على ترخيص سابق، إذ لربما كان أم قضائيا.

وإذا أقر البرلمان قانونا في شأن تأميم أموال المشروع الخاص، فإن جهة الرقابة التي تبطل هذا القانون لا تفعل أكثر من تنكيهه بأن المواد ٢ و ١٧ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسي، تعينان عدم جواز تقييد مجال الملكية، وحرية المشروع الخاص.

ومن ثم ينحصر عمل جهة الرقابة القضائية في مواجهة المشرع بالقاعدة الدستورية التي تنسب خالفها. وهي قاعدة تحكم المشرع، وتحكمها كذلك.

ولن يزيد دورها بالتالي على مجرد نقلها وترديدتها بلسانها *La porte-parole* وفيه هذا الإطار يصير المنطق القضائي شبيها بعملية صابية، تنحصر في إنزال القاعدة الدستورية على القانون المطعون بعدم دستوريته عن طريق القياس المنطقي الذي يقوم على أن مخالفة القانون لقاعدة تلوه، مؤداه أن يصير القانون بطلا.

ولا اجتهاد في ذلك من قضاة جهة الرقابة القضائية، وكأنهم مجرد أنواء يرددون معاني تنطق بها نصوص الدستور *les juges n'ont que la bouche qui prononce les paroles de la constitution* فلا تكون لهم أية سلطة في استخلاص معانيها أو تطويرها^(١). ذلك أن القاعدة

(١) هذه العبارة مستمدة من مونتيكيو في مؤلفه روح القوانين Liver Xi, chap.6.

الدستورية أسبق في وجودها من وجود جهة الرقابة. وهي بذلك لا تنشأ. ولكنها تخلقها بطريقة محايدة.

وما يقول به الوضعيون والطبيعون من ترديد جهة الرقابة للقاعدة الدستورية بنفسها وفحواها إنكار حقيقة المهام التي تقوم جهة الرقابة عليها، وأخصها استنباطها بنفسها مضمون كل قاعدة لها طبيعة دستورية؛ ومفاضلتها بين المعاني المتعددة التي تحملها؛ واختيارها واحداً من بينها يكون أدنى إلى فهمها لحقيقة دلالتها. وتلك عملية خلق للقانون تتألف من آراء الوضعيين والطبيين الذين يقولون بأن جهة الرقابة القضائية لا تفعل أكثر من ترديد قاعدة دستورية تنقيد هي نفسها بها.

وكأنهم ينطلقون من تصور أن جهة الرقابة على الدستورية لا تأخذ العوامل السياسية فسي اعتبارها، وأنها مكنتة على نفسها، ولا شأن لها بالأوضاع القائمة التي تعيشها. وهو ما يناقض حقيقة أن هذه الجهة لا تطبق الدستور بألية عمياء. ولكنها تقوم أولاً بتحديد معاني نصوصه حتى الواضحة منها. بل هي تفاضل بين المعاني التي يحملها النص الواحد، وتختار واحداً من بينها في إطار عملية خلق وإبداع تتم من خلال التفسير القضائي لنصوص الدستور. فلا تحصل هذه النصوص في النهاية، غير المعاني التي تنسبها إليها جهة الرقابة على الدستورية، وتربطها بها.

وما يقال من أن جهة الرقابة على الدستورية غير منتخبة، ولا مسؤولة عن أعمالها أمام أية جهة^(١)، ولا يجوز بالتالي أن تبشر دوراً سياسياً؛ مردود بأن هذه الجهة تتولى تقييم أعمال السلطة التشريعية وتقويمها، وهي تدعوها إلى تصحيح أخطائها وتبصرها بعواقبها، وتبطل القوانين الصادرة عنها؛ وتحدد كذلك من خلال أحكامها ما ينبغي أن يكون سلوكاً رشيداً للقائمين بالعمل العام في مواقفه المختلفة.

فضلاً عن أن الرقابة التي تباشرها لها ثقلها سواء في مرحلة إعداد الحكومة للقانون، أو على صعيد الحوار حول محتواه فيما بين أعضاء السلطة التشريعية عند عرضه عليها.

(١) يقال أن السلطة السياسية لا تملكها إلا الجهات التي حولها الدستور اختصاص تنظيم أعمال من طبيعة سياسية كالسلطة التشريعية؛ ولا تباشرها إلا جهة يجوز محاسبتها أمام الجماهير عن أعمالها ومن ذلك مساهلة الحكومة أمام البرلمان بحجب الثقة عنها؛ ومحاسبة البرلمان من خلال طه، ومراقبة الحكومة من خلال حق الاقتراع الذي قد يأتي بأغلبية برلمانية تعادها.

ولم يعد البرلمان بالنزالي -في مباشرته لسلطته التشريعية- أن يخل بألية قاعدة لها قيمة دستورية^(١). ذلك إن تمتعها بهذه القيمة، يعطيها فوق أجهزة الدولة جميعها، ويؤكد أن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور^(٢).

la loi n'exprime pas la volonté generale que dans le respect de la constitution.

وهو ما يعني أن الديمقراطية كما هي قرار الأغلبية، إنها كذلك قرار احترامها لحقوق الفرد وحرياته من خلال القيم التي حرص الدستور على تثبيتها. مما جعل جهة الرقابة على التشريعية الدستورية في بؤرة الصراع بين الحكومة التي تعتبر أصل كل مشروع يقدم إلى البرلمان من جهة، وفيما يدور داخل البرلمان من جدل وحوار حول المشروع تعديل أو رفضا من جهة أخرى. فلا تكون الحكومة، والبرلمان، وجهة الرقابة على الدستورية، إلا عناصر فاعلة في منظومة صناعة القانون، ولكل منها دور مشروع فيها، وإن كان متفاوتا في درجته.

فالحكومة تعتمد في شرعيتها على ثقة الأغلبية البرلمانية بها. والبرلمان يعتمد في شرعيته على ثقة هيئة الناخبين به. وهو يطرح على ضوء هذه الثقة -بصورة علنية- المشروع المعروض عليه، سواء من جهة ملائمة نصوصه، أو من زاوية مضمونها.

وشريعة جهة الرقابة أساسها انحيازها لقيم الدستور وانتصافها لحقوق الفرد وحرياته. وقراراتها التي ترفضها على الدولة بكل تنظيماتها، تعطىها مركزا متميزا على مؤسساتها يجعل تفسيرها للدستور نهائيا. فلا تراجعها فيه جهة قضائية أو غير قضائية.

ولا يعني ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية حرية كاملة في انتقاء الطول التي تستصوبها. إذ تتأثر في قراراتها بمجموعة من العوامل تقيمها على حدود الاعتدال لا التحكم. فالبرلمان وأساتذة الجامعة والمحامون والمزارعون والعمال يفسرون الدستور كل وفق ما يراه أكثر صوابا لأحكامه. وإلى جانبهم رجال الصحافة بضغطها وتعبئتها لأراء الجماهير في اتجاه دون آخر. ومعهم كذلك جماعات الضغط على اختلافها كالجمعيات والنقابات -العمالية والمهنية-

(١) C. C. 81 - 132 D. C., 16 janvier 1982 . R. p. 18.

(٢) Ç.C. 85 - 197 D. C., 23 Août 1985 . R. p. 70

فلا تكون أولها غير قوة تأثيرها على جهة الرقابة على الدستورية، تجعلها أكثر حذرا فسي تقريراتها، خاصة إذا قُيِّمتا سوابقها القديمة بمفاهيمها^(١).

وفي ظل هذه الأوضاع، كان على الجهة القضائية للرقابة على الشرعية للدستورية، أن توفق بين الآراء المختلفة؛ وأن تحصر على موضوعية أحكامها؛ وأن تقيم رابطة منطقية بينها تكفل تماسكها، وتحول دون تعثرها، فلا تتباعد أو تتكافض اتجاهاتها، حتى يظل القبول بأحكامها قائما من منطلق قوة الإقناع، ويقظة الضمير. فما تقرره جهة الرقابة على الدستورية من أن كرامة الإنسان وصونها، أصل كل حرية يطلبها، ووعاء لحقوقه جميعا؛ لا يجوز أن يكون تحجرا منفلتا دون ضابطه، ولا منبئا عن سلمة تقديرية كاملة تخولها أن تقرر ما تريد؛ وإنما عليها أن تقيم لهذه القاعدة أسسها ودعاماتها التي يناقشها الناقدون لها، فلا تكون صحتها ومثانة حجتها، غير دعوة مفتوحة للاكتضام إلى تقريراتها.

وفي ذلك ما يحمل جهة الرقابة على الدستورية على أن تبصر أحكامها حقيقة الأوضاع التي تحيطها؛ وأن تقدر وجهات النظر المختلفة التي تتصل ببعض نقاطها؛ وأن تكون أسبابها متواصلة منطقيا في غير انقطاع، وتساندها في أصولها وفروعها مضبيا إلى منطقها، دالا على ارتباط مقدماتها بنتائجها. فلا تكون القاعدة الدستورية التي ترسيها جهة الرقابة إلا مرجحة مصالح لها خطرها؛ ومنبئة عن تطور في اتجاه التقدم.

وفي ذلك ما يمايز بين للنظم الشمولية والنظم الديمقراطية. ذلك أن أولها تنظر إلى حقوق الفرد وحياته على ضوء مفاهيم تفرضها أيديولوجية تبنتها، ولا تتصامح في جدل يدور حول توسعتها أو كيفية تطبيقها إلا في الحدود التي تأذن بها.

ولا كذلك النظم الديمقراطية التي لا تتغلق معها مفاهيم الحق والحرية. بل تكون مفتوحة معانيها، متطورة مقاصدها، في إطار دائرة من الحوار تتنوع مجالاتها، وتتعدد حلقاتها، وتطرح بأدواتها ما تراه صائبا في تقديرها. فلا تنفرد الأغلبية بتقرير كل شأن عام، ولا تكون لها شوعية نهائية تحول دون محاسبتها عن أخطائها.

(١) Charles Cadoux, Droit constitutionnel et institution politiques, quatrieme edition, p. 299- 315.

وفي ذلك المحيط، تعمل جهة الرقابة على الدستورية التي تطرح بأحكامها القيم التي احتضنها الدستور. فلا تنظر إلى خياراتها في المسائل المعروضة عليها باعتبارها حلولاً نهائية لها. وعليها بالتالي أن تقبل بصورة مطردة كل تطور في المفاهيم التي تتحدد على ضوءها دستورية النصوص القانونية، وأن تقرر للمواطنين الحقوق الأکثر لمصالحهم، ولو لم ينص عليها الدستور، كلما أمكن ربط هذه الحقوق بأحكامه. وفي ذلك تعميق للديمقراطية.

المبحث السادس

أثر المفاهيم الديمقراطية على المحكمة الدستورية العليا

٢٨٦- ثمة حقيقة لا نزاع فيها، هي أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية لن تحقق ما يراد لها من تطور، وإن تبلغ الآمال المعقودة عليها في غيبة الديمقراطية المتكاملة في أركانها ووسائلها وأهدافها؛ والتي تعارض بمفاهيمها نظرية الخطوط الحمراء التي لا يجوز اجتيازها أو الفواصل التي لا يجوز تخطيها؛ والمسائل التي لا تجوز مناقشتها إلا وراء جدران مغلقة؛ والحلول الجزئية لأوضاع قائمة بظلمها وتفريقها بين المواطنين؛ والحوالز التي تقيد مضمون الحوار وطرائقه؛ والتلون بالانتهازية وبريق الأطماع وصولاً إلى المراكز المؤثرة فسي اتخاذ القرار؛ وإحلال تركيز السلطة محل توزيعها؛ واستقرارها في يد من يتولاها إلى غير حد، بدلاً من تداولها من خلال حق الاقتراع كي يظفر بها من يستحقها عدلاً لا بهتاناً مغالية لا زلفى.

ولا تزال السلطة في الدول النامية -حتى اليوم- بيد فئة محدودة تطو بموقعها فوق كل الجباه، وتستبد بوسائلها بكل أمر، وتقر خصومها بكل الطرق. وحتى الذين يناصرونها، لا يؤمنون حقاً بها، وإنما يقدمون قربانهم إليها حتى يحظوا بموطئ قدم لديها، ويحصلون منها على المزايا التي تكافئهم بها، والفرص التي تتيحها لهم بغير الحق. فلا تكون هذه المزايا والفرص إلا أسلماً يتقاسمونها، وغنائم يختصمون بها بالمخالفة للقانون.

والمواطنون إلى جانبهم قابعون في أملكهم لا يتحولون عنها حتى لا تتألم السلطة بفحشها وتمرد لها، بعد أن صار القانون أداة بطشها تصوغ نصوصه بالكيفية التي تراها، وبالمقاييس التي تستصوبها.

ولا تزال شهوة السلطة بريقا خاطفاً للأبصار. وطغيان نفوذها قاهراً لكل القيم، وإلحها بتخذ من الشرعية التي يناهضها ثوباً وإطاراً.

وكان من المفترض أن تؤثر مثل هذه الأوضاع في الكيفية التي تباشر بها المحكمة الدستورية العليا ولايتها؛ وأن تعجزها عن القيام بمهامها، لولا أن رجالها كانوا أحد بصرى بأملات مواطنيهم وطرق تحقيقها؛ وكان عليهم أن يردوا المسائل المتنازع عليها إلى أصولها في الدول

الديمقراطية؛ فأجروا عليها مقاييسها وقرروا في أحكامهم أن حقوق الإنسان وحرياته في مصر لا تتحدد مضامينها، ولا ضوابط ممارستها إلا وفق المعايير التي التزمتها الدول الديمقراطية واتخذتها أسلوباً لحياتها، فلا تكون لحقوقهم وحرياتهم هذه معايير ضيقة تنال من جوهرها. بل هي الأفاق الديمقراطية الأرحب والأعمق، تسعها في كل تطبيقاتها، وتزوجه بالقيم التي احتضنها الدستور، وبخصائص الدولة القانونية في نظمها وتوجهاتها؛ وبضرورة أن تكون الحرية في معناها الحق، هي إرادة الاختيار والإبداع وسلطة التقرير^(١).

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - قاعدة رقم ١٤ - ص ٨٩ من المجلد الأول من الجزء الخامس حيث تقول المحكمة أن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في دولة القانون عليها، إنما يتحدد على ضوء مسئولياتها التي التزمتها الدول الديمقراطية بالطراد، واستقر للعمل على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة.

وأنظر كذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٤١ وما بعدها من الجزء الثامن حيث تقول المحكمة الدستورية العليا إن الإبداع ليس إلا موقفا حرا واعيا يتناول ألوانا من العلوم والفنون تعدد أشكالها وطرق التعبير منها. وهو في حياة الأمم إثراء لها ولأداء ارتقاؤها.

الفصل الرابع عشر

الرقابة القضائية على الدستورية وتنوع مصادرها

المبحث الأول

تنوع مصادر الشرعية الدستورية

٢٨٧- تتنوع المصادر التي تحتكم إليها جهة الرقابة القضائية على الدستورية في مجال الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها. فلا يكون الدستور وحده مرجعها، وإنما تقوم إلى جواره نصوص أخرى لها قيمة دستورية كوثائق إعلان الحقوق.

وتنوع هذه المصادر يفيد بالضرورة تفاوت مصادرها، وتفرق توجهاتها واحتمال تعارضها فيما بينها Hétérogénéité بالنظر إلى اختلافها في الحقائق التاريخية التي تحيط بها، وتباين ظروفها، وتنوع المفاهيم الفلسفية التي انتهت، فلا يكون نسجها، ولا وقت صدورها، متجانسا، ولا تربطها ببعض وحدة المفاهيم التي وجهتها ولا القيم التي احتوتها، ولا الأجواء التي لا يستأثر.

ذلك أن ما يميز تلك المصادر هو التعارض لا التوافق، بل إن تتأخرها فيما بينها يستعبر جوهر خصائصها Le caractéristique principale.

فالحقوق المدنية والسياسية كحرية التعبير والحق في الحياة وحرية التنقل، مقررة أصلا لمصلحة الفرد في مواجهة الدولة التي يتعين عليها ألا تتدخل في هذه الحقوق إلا في أضيق الحدود سواء لضمان الوسائل الأفضل لانتفاع المواطنين بها، وتأكيد ذاتيتهم؛ أو لتحقيق التوافق بين مباشرتها وحقوق الآخرين، فلا يضارون بسببها.

ولا كذلك الحقوق الاجتماعية والاقتصادية التي تقتضي تدخلا إيجابيا من الدولة يجعلها مدينة بها Droits - créances لمصلحة الأفراد والجماعات كضمانها حدا أدنى من الدخول وتوفيرها المعاهد التعليمية وأدائها، وكفالتها الوسائل الطبية التي تصون بها صحة مواطنيها وتقوم مخاطر الأمراض على اختلافها. وهذه الفوارق بين هذين النوعين من الحقوق هي التي يبنيتها المحكمة الدستورية العليا بقولها:

الأصل في الحقوق المدنية والسياسية، هو إتساعها بإمكان توكيدها قضاء *justiciable* وإنفاذا جبرا *Enforceable* ذلك أن مجرد امتناع الدولة عن التدخل في نطاقها دون مقتضى، يعتبر كافيا لضمانها. وعليها بالتالي ألا تأتي أفعالا تعارضها أو تنقضها.

وعلى نقيض ذلك لا يتصور ضمان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية إلا من خلال تدخل الدولة إيجابيا لتقريرها عن طريق الاعتماد على مواردها الذاتية التى تنتجها قدراتها؛ بما مؤداه، أن الحقوق الاجتماعية والاقتصادية هى التى تتأهض الفقر والجوع والمرض، ويستحيل بالنظر إلى طبيعتها صونها لكل الناس فى آن واحد، بل يكون تحقيقها داخل الدولة، مرتبطا بأوضاعها وقدراتها ونطاق تقدمها، وعمق مسئولياتها قبل مواطنيها، وإمكان النهوض بمطالباتها.

فلا تنفذ هذه الحقوق نفاذا فوريا، بل تنمو وتتطور وفق تدابير تمتد زمنًا، وتتصاعد تكلفتها بالنظر إلى مستوياتها وتبعًا لنطاقها، ليكون تدخل الدولة إيجابيا لإيفائها مستتبها، واقعا فى أجزاء من إقليمها إذا أعوزتها قدراتها على بسط مظلتها على للمواطنين جميعا^(١).

كذلك لا يتعلق التغاير فى الحقوق بما هو منصوص عليه منها فى الدستور. وإنما تتفاوت كذلك وثائق إعلان الحقوق فى مبادئها وتوجهاتها.

ذلك أن منها ما يقدم للفرد على الجماعة، وتظهر نزعة الفردية شديدة الوضوح. ومنها ما يؤسس الديمقراطية على القيم الاقتصادية والاجتماعية التى تقدم الحقوق الجماعية على الحقوق الفردية. بل إن الدساتير ووثائق إعلان الحقوق لا تتعارض فقط فى الخطوط العريضة التى تصل فى إطارها. وإنما كذلك فى مكوناتها.

فالعمال الذين بضربون عن العمل، يظنون بحق المرافق فى ضمان انتظامها حال أن إضرابهم يعتبر من الحقوق ذات القيمة الدستورية التى تقوم إلى جوار حق المرافق فى تأمين سيرها المنتظم. وكلاهما بالتالى حقان دستوريان^(٢).

(١) دستورية عليا القضائية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٦/٤/٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٥٥١ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) C. C. 79- 105 D.C., 25 juil. 1979, R.p. 33.

كذلك فإن الحرية الفردية وما يقارنها من الحق في التنقل جئمة وذهابا، قد تتناقض حق الجماعة في ضمان أمنها وتحقيق خيرها العام. وكلاهما حقان دستوريان^(١). وتخل حرية العامل في تحديد أجره، بحق منظمته النقابية في التدخل لتقرير شروط عمل أفضل لمصلحة أعضائها. وكلاهما مبدآن دستوريان يتفرع أولهما عن حق العامل في تقرير شروط العمل الذي دخل فيه باختياره؛ وثانيهما عن الحرية النقابية^(٢) وتعارض حرية التعليم، حرية الاعتقاد. وكلاهما مبدآن دستوريان^(٣)

(١) C. C. 81- 127 D.C., 19- 20 janu 1981, R.p. 15.

(٢) C. C. 89- 256 D.C., 25 juil. 1989, R.p. 53.

(٣) C. C. 77- 87 D.C., 23 nov. 1977, R.p. 42.

المبحث الثاني

التوفيق بين مصادر الشريعة الدستورية حال تعارضها

٢٨٨- وهذه الصور من التعارض وما يمثّلها، والتي تتعلّق جميعها بالحقوق التي تكفلها الدساتير ووثائق إعلان الحقوق في مضمونها الداخلي، وإن أمكن إلزاقها من خلال التوفيق ببعض الأحكام التي تنظمها وتحديد إطار لكل منها، إلا أن بعض صور التعارض يستحيل توفيقها مع بعضها، ومن بينها التعارض المطلق بين حق العمال في الامتناع عن العمل، وحق المرافق في ضمان تشغيلها من قبل العاملين فيها، فلا يطرأ لقطاع على مبررها المنتظم.

وتظل الحقيقة الثابتة التي تطل دوماً برأسها هي أن نصوص الدستور ووثائق إعلان الحقوق قد تتعارض فيما بينها، وأن وثائق إعلان الحقوق ذاتها قد ينتقض بعضها البعض حال تعددها، وأنه حتى في نطاق الوثيقة الواحدة، فإن أحكامها قد لا تتوافق في مضمونها. وقد ينتقصر بعضها إلى التحديد، فلا تكون معانيها قاطعة جلية.

ويظهر ذلك بوجه خاص في المبادئ التي تقوم عليها الوثيقة الدستورية. ذلك أن عموم عباراتها يغاير بينها وبين القواعد القانونية التي يحيط بالتفصيل الدقيق بأحكامها. ويظل واضحاً أن ما هو جلي من نصوص الوثيقة الواحدة، لا يمثل كثرتها. فما تنص عليه المادة ٨ من إعلان ١٧٨٩ الفرنسي من أن القانون لا يجوز أن يقرر عقوبة جنائية ما لم تفرضها الضرورة الظاهرة المتناهية في شدتها *Strictement et évidemment nécessaires*، يتسم بالمفوض، إذ لا تبين هذه المادة حقيقة المقصود بالعقوبة التي يجوز فرضها. وحق العمال في الإضراب عن العمل، وإن كان واضحاً في معناه، إلا أن حرية تداول الأفكار والآراء تنقصر إلى التحديد. فهل تتوجه هذه الحرية إلى من يروجون هذه الآراء أو إلى من يتلقونها؟! وهل حرية وسائل الإعلام هي حرية تملكها، أم حرية الاتصال بها والنفوذ إليها.

وتظل كافة النصوص ذات القيمة الدستورية -وإيا كان قدر وضوحها- مصدر الرقابة القضائية على الدستورية ومرجعها، سواء في ذلك تلك التي تنطوق بضرورة العقوبة^(١) أو بتأمين الأفراد في شخصهم وأموالهم وصحتهم^(٢)؛ أو بحرية تنفق الآراء والأفكار من روافدها

(١) C.C. 81- 127 D.C., 20 janv. 1981. R.p. 15.

(٢) C.C. 80- 117.D.C., 22 juil. 1980. R.p. 42.

المختلفة^(١) أو بالحق في الحصول على عمل^(٢). كذلك فإن غموض الوثيقة الواحدة أو الوثائق المتعددة في بعض أحكامها، أو حتى تناقضها فيما بينها، وإن كان حقيقة قائمة لا يجوز غرض البصر عنها، إلا أن غموضها أو تعارضها لا يجوز أن يكون مخفلا إلى سماحها، ولا أن يؤول إلى تهافتها فيما بينها.

فما غرض من نصوصها لا يجوز استبعاده. وليس لنصوصها الجلية قيمة أكبر من سواها. والتوفيق بين أجزائها حال تعارضها من الأغراض التي تقوم عليها جهة الرقابة القضائية على الدستورية. وهي تقيم صلة منطقية بين الحقوق السياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وترفض تقرير أولوية لبعضها على بعض. ذلك أن الحقوق التي تكفلها الوثائق الدستورية -رأيا كانت دولها أو الفلسفة التي تقوم عليها- لا تخرج فيما بينها، ولا يجوز ترتيبها بصورة متساعده على ضوء أهميتها العملية، حتى لو كان بعض هذه الوثائق مكملا لبعضها الآخر. ذلك أن تكملتها لها تعيد سد الفراغ فيها، وتكفل على تضام تلك الوثائق بما يكفل مساندة بعضها لبعض، ومعاملتها عن قدم المساواة للكاملة.

٢٨٩- وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها^(٣):

>«من المقرر أن حقوق الإنسان وحرياته التي كفلها الدستور لا تخرج فيما بينها ليعطو بعضها على بعض. بل يتعين النظر إليها بوصفها فيما عليا تنتظم حقوقا لا تنقسم، فلا يجوز تجزئتها، بل يكون ضمانها في مجموع عناصرها ومكوناتها، لازما لتطوير الدول لمجتمعاتها وفق قواعد القانون الدولي العام، التي تشكل في التطور الرأى لهذه الحقوق، كثيرا من ملامحها.

ولئن جاز القول بأن لبعض هذه الحقوق -كذلك التي تتعلق بالشخصية القانونية لكل إنسان، وألا تفرض عليه عبوة يكون تطبيقها رجحيا، أو مهينا، أو كاشفا عن قسوتها، ولا أن يكون مسخرا لغيره أو مسترقا- خصائص تكفل ضمانها في كل الظروف، فلا يجوز تجريد أحد من محتواها، أو إرهابها بقيود تتال منها، وأنها بصفتها هذه تعتبر مفترضا أوليا لقيام غيرها من

(١) C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1982. R.p. 48.

(٢) C.C. 81- 134 D.C., 5 janv. 1982. R.p. 15.

(٣) القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٤/٦ - قاعدة رقم ٣٣ - ص ٥٦٦ - ٥٦٧ من

الجزء السابع من أحكامها.

الحقوق، بل ولممارستها في إطار ملائم؛ إلا أن حقوق الإنسان جميعها، لا يجوز عزلها عن بعض، ولو كان لبعضها دور أكبر لصلتها الوثقى بوجوده وأدमितه. بل يتعين أن تتوافق وتتآغم فيما بينها، لتتكامل بها للشخصية الإنسانية في أكثر توجهاتها عمقا ونبلا.

يؤيد ذلك أن إنهاء التمييز على أساس من العنصر أو الجنس أو العرق أو العقيدة، يمكن أن يؤثر بصورة جوهرية فيما تقرره الدولة لمواطنيها من التدابير الاقتصادية والاجتماعية التي تعهد بها بناء القوة السياسية وتوجيهها. كذلك فإن صون حرية التعبير والاجتماع للمواطنين، يعتبر عازلا ضد جنوح السلطة وانحرافها، وضمانا لفرص أفضل لتطوير مجتمعهم ليكون مدنيا نابضا بالحياة».

المبحث الثالث

تعاون الوثائق الدستورية لا تتأخرها

٢٩٠- وفضلاً عما تقدم ليس للوثائق الدستورية الألق في صدرها Lex posterior قيمة أكبر من تلك السابقة عليها. فليس ثمة حقوق قديمة وأخرى حديثة بما يقدم أحدثها على أقدمها، وليس ثمة حقوق تقتضيها الأوضاع المعاصرة Droits nécessaires à notre temps، تكون أعلى إنرا من الحقوق التي كفلتها وثائق ماضية Droits de caractère dépassé.

وليس أدل على ذلك من الرجوع إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التي تعيل إلى كل من إعلان ١٧٨٩ وديباجة دستور ١٩٤٦، وتجعلها جزءاً من الدستور القائم بما يؤكد انطواءهما على قيم لا يجوز التخلي عنها مفاهيم معاصرة، ويفيد تساويهما في القوة والأثر بعد اقتراع الجماهير عليها معاً في استفتاء ١٩٥٨/٩/٢٨. كذلك فإن التمييز بين الحقوق على أساس أهميتها يفيد بالضرورة ترتيبها فيما بينها وفق معايير شخصية تقتدر إلى الدعائم التي ترجعها.

وبتعيين بالتالي النظر إلى الحقوق التي تدرجها الوثائق الدستورية في صلبها، لا على أساس أن بعضها أكثر دستورية من غيرها Plus constitutionnel qu' d' autres، ولا على أنها تتفرق ولا تتكامل، ولا على أن بعضها لا يعتبر مضافاً إلى غيره، أو محدداً محتواه؛ ولا أكثر أهمية من سواه.

وإذا كان لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن تفاضل بين هذه الحقوق، فليس ذلك بالنظر إلى ترتيبها وعلو بعضها على بعض، أو اتساع دائرة تطبيقها أو حصرها. وإنما بقصد اختيار القاعدة الأكثر لحل النزاع، والأكثر اتصالاً بأبعاده.

ويقتضيها ذلك أن تجل بصرها في كل حالة على حدة، وأن تقدم لصوب الطول التي ترتبها من خلال عملية انتقائية تجربها فيما بين القواعد المختلفة ذات القيمة الدستورية، والتي تتزاحم فيما بينها على حكم العلائق القانونية التي يطرحها النزاع المعروض عليها، فلا ترجح من بينها غير أكثرها ملاءمة لها. وليس ذلك إلا تحكيماً يقدم للقاعدة الأكثر لحل النزاع على مساوها. وفي إطار هذه الدائرة تبأشر الجهة القضائية رقابتها على الشرعية الدستورية.

ولئن كان يجوز لهذه الجهة أن تقاضل دستوريا بين الحقوق التي تكفلها الدساتير، وغيرها من الوثائق التي لها حكمها، إلا أن من الفقهاء من يقول بجواز أن تغاير الجهة القضائية في نطاق الحماية التي تكفلها للحقوق، بالنظر إلى مضمون كل حق منها^(١).

بيد أن وجهة نظر هذه بنفيا أن القاتلين بها غير متفقين فيما بينهم على قائمة الحقوق التي تقتضى حماية أكبر من غيرها. فمنهم من يقدم الحرية الفردية، وحرية التعبير وحرية الصحافة، وحرية العقيدة، على سواها^(٢).

ويركز آخرون على حرية التعبير والعقيدة والحق في الاجتماع وحرية التنظيم^(٣). ومنهم من يعطى أولوية في الحماية لحقوق الإنسان جميعها، كالحق في الحرية، وفسى الأمن، والملكية والتمرد على الطغيان^(٤). واختلافهم على هذا النحو في قائمة الحقوق الأجر بالحماية الدستورية، يؤكد الطبيعة للخصبة لاجتهاداتهم، وأن مألها إلى التمييز بين الحقوق، وإلى تصنيفها على ضوء أهميتها، بما يفيد ترتيبها وترجها. وهو أمر غير مقبول بالنظر إلى تكافؤ الحقوق جميعها، وتساويها في مدارجها، لا استثناء من ذلك إلا بالنسبة إلى التعددية التي يعطيها المجلس الدستوري الفرنسي قيمة مطلقة كأحد شروط الديمقراطية^(٥). Le respect du pluralisme est une des conditions de la démocratie أو هي أساسها^(٦) le fondement de la démocratie.

وفيما عدا التعددية، ليس ثمة حرية أو حق أو مبدأ من طبيعة مطلقة، وإنما يجوز تقييده.

(١) Dominique Rousseau, Droit du contenu constitutionnel, 4 e édition, p. 114.

(٢) Bruno Genevois, la marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, E. D. C. F. 1988, no 40, p. 181.

(٣) Louis Favoreu, les libertés protégées par le conseil constitutionnel, in conseil constitutionnel, Cours Européenne des droits de l'homme, p. 33.

(٤) Démonique Turpin, contentieux constitutionnel, P.U. F., droit fondamental, 1986, p. 86.

(٥) C. C. 82- 141 D. C., 27 juil 1982, R. p. 48; C. C. 84- 181 D. C., 10- 11 Octo. 1984, R. P. 28.

(٦) C. C. 86- 217 D. C., 18 sep. 1986, R. p. 141; C. C. 89- 271, D. C., 11 janv. 1990, R. P. 21.

فالحائزون لأسهم بملكوها، يجوز تقييد حريتهم في النزول عنها^(١) كذلك فإن حرية تكوين المشروع الخاص، يجوز تقييدها وفق مقتضيات الصالح العام^(٢) ويجوز كذلك فرض قيود على الإعلان عن الطبايق والكحول والدعاية لترويجها، وذلك بالنظر إلى إخلال التعامل فيها بصحة المواطنين^(٣).

كذلك يجوز تقييد الحرية الشخصية وحرية الانتقال لحملة أغراض ذات قيمة دستورية تقتضيها المصلحة العامة^(٤)، وحرية التعليم يجوز تقييدها كذلك من خلال تدخل الدولة وإشرافها على تعيين المعلمين بالنظر إلى المعونة المالية التي تنمها إلى المعاهد التعليمية^(٥)، ودون إخلال بحرية العقيدة التي يؤمن المعلمون بها^(٦).

وتوفق جهة الرقابة القضائية على الدستورية بين حق المرافق العامة في ضمان سيرها المنتظم، وبين حق العمال في الإضراب^(٧)، ثم بين هذا الحق وحماية الأموال؛ وتعمل هذه الجهة كذلك كحكم في مجال التوفيق بين الحرية للشخصية في تحديد الأجر؛ وبين حرية للتفاوض حول مقداره بصورة جماعية.

وفي كل هذه الفروض تقبل الحقوق جميعها - وفيما عدا الحق في التحدية - تقييدها بما لا يخل بجوهرها. وتعتبر هذه القيود إطار مباشرتها، ومن أوصافها التي لا تنفصل عنها، والتي لا شأن لها بتكررها أو بترتيبها فيما بينها.

كذلك فإن المبدأ الواحد ذا الطبيعة الدستورية، يجوز أن يقيد بصور مختلفة، على ضوء أوضاع متغيرة. ولا يجوز بالتالي تقسيم الحقوق إلى حقوق يجوز تقييدها بدرجة أكبر، وإلى حقوق يجوز أن تكون للقيود عليها أقل؛ ولا أن ينظر إلى الحقوق حال سكونها لتحديد نطاق القيود على الحقوق التي يجوز فرضها عليها.

(١) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil, 1989, R. P. 41.

(٢) C. C. 89- 254 D. C., 4 juil, 1989, R. P. 41.

(٣) C. C. 90- 283 D. C., 8 Janv. 1991, R. P. 11.

(٤) C. C. 85- 187 D. C., 25 janv. 1985, R. p. 43.

(٥) C. C. 84- 185 D. C., 18 janv. 1985, R. p. 36.

(٦) C. C. 77- 87 D. C., 23 nov. 1977, R. p. 42.

(٧) C. C. 89- 257 D. C., 25 juil. 1989, R. p. 59.

وإنما الحقوق في حركتها وفي إطار الأوضاع التي تقارن مباشرتها، هي ضوابط تنظيمها.

فالتقيود التي فرضها المشرع على الإعلان عن الطبايق والكحول، وإن كان لا نزاع في أساسها بالحق في الملكية وبحرية تكوين المشروع الخاص؛ إلا أن تلك القيود يبررها أن ضمان صحة المواطنين، يعتبر بلا نزاع مبدأ دستورياً^(١).

كذلك فإن حرية تبادل الآراء والأفكار، وإن كان الدستور يصونها، ويرفض بالتالي تعليق إصدار الصحافة المعقودة على ترخيص سابق؛ إلا أن هذا للترخيص يكون مطلوباً كقيود على هذه الحرية ذاتها كلما تعلق الأمر بصون القيم الأخلاقية التي قد تخطر بها وسائل الإعلام السمعية والبصرية^(٢).

وبنأى حرية تكوين الجمعية، تعليق إنشائها على ترخيص سابق، ما لم تكن الجمعية أجنبية^(٣).

وتفاوتت القيود التي يجوز فرضها على الحق في الإضراب، على ضوء أهمية المرفق العام، فتكون هذه القيود أكبر في المرفق التي تعمل بالطاقة النووية أو تحفظها، وأقل حدة في مرافق الراديو والتليفزيون.

ويبطل بالتالي كل تعميم للقيود التي يجوز فرضها على المرفق العامة، والتي لا يعتد في تحديد نطاقها، لا بأهمية المرفق، ولا بحجم الأضرار التي تلحق المنتفعين به من جراء توقفه عن العمل^(٤).

وهذا التوازن بين الحقوق حال حركتها، والقيود التي يجوز فرضها عليها في أوضاع تلاعبها، مؤداة ضرورة النظر إلى هذه الحقوق وقت انتقالها من صيغها المجردة إلى تطبيقاتها العملية، وأن تقرر جهة الرقابة القضائية بالتالي كل حالة على حدة على ضوء ظروفها، وبمراعاة أن المبدأ الواحد قد تتأخر قيوده على ضوء أوضاع تطبيقه.

(١) C.C. 90- 283 D.C., 8 janv. 1991, R.p. 11.

(٢) C.C. 86 - 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

(٣) C.C. 71 - 44 D.C., 16 juil. 1971, R.p. 29.

(٤) C.C. 80 - 117 D.C., 22 juil. 1980, R.p. 42; C.C. 79 - 105 D.C., 25 juil. 1979, R.p. 33;

C.C. 87 - 230 D.C., 28 juil. 1987, R.p. 48.

بيد أن هذا التقدير، وإن كان شخصياً يتولاه جهة الرقابة بنفسها ووفق معاييرها، إلا أن شخصية التقدير لا تعلى التحكم، ولا تقضى بالضرورة إلى سلطة مطلقة.

ولما تعمل الجهة القضائية للرقابة في إطار علاقة منطقية بين الحقوق ومتطلباتها من جهة بما يكفل فعالية ممارستها؛ وبين محيط عام يتصل بأوضاع مباشرة هذه الحقوق من جهة أخرى، ولا يعزلها بالتالي عن بلدها، ولا عن سلطاتها، وأحزابها، وفقعاتها، وآراء مواطنيها؛ ولا عن الحدود الأوسع لمجتمعها. ذلك أن المحيط العام من حولها يضبط حركتها، ويفرض عليها موضوعية التقييم للقرود التي يجوز فرضها، وتلك التي يتعين رفضها.

وهي تفصل في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها أخذاً في اعتبارها عوامل ثلثي تختلف أهميتها على ضوء خصائص الحالة المعروضة عليها، من بينها درجة قوة الحجج التي طرحها الدافعون لهذه النصوص والمدافعون عنها، ودوافعهم السياسية. فضلاً عن الأوضاع السياسية بوجه عام، وكذلك تلك التي تحيط بوجه خاص بالخصومة الماثلة أمامها، وطبيعة المسائل التي تتناولها ودرجة تعقدها، وردود الفعل التي تثار الحكم الصادر فيها، وأثره على تطور مجتمعها، وضوابط التقييم التي ينبغي أن يبنى أن يكتفلها.

وعليها أن تستلهم في ذلك أقوال الفقهاء، والقضاء المقارن، وبما لا يخل بالترابط المنطقي بين هذا الحكم وأحكامها السابقة، لتعمل جميعها في إطار منظومة واحدة تتصل فيها الحقوق التي تؤكد بعضها ببعض، فلا تتنافر أوجه حمايتها.

وهذه العوامل المختلفة هي التي تفرض ضغوطها على جهة الرقابة القضائية، فلا تكون أحكامها غير تفاعل معها. وهي تطور مفاهيمها القضائية كي تكفل لمجتمعها السير في اتجاه التقدم La marche vers le progrès، ولو تم ذلك بخطى وثيدة^(١).

(١) Jacques Robert, le Conseil constitutionnel en question, le Monde 8 déc. 1981.

الفصل الخامس عشر

الرقابة القضائية على الدستورية

في حدودها الداخلية والخارجية

٢٩١- وما تقرره المحكمة الدستورية العليا من خضوع النصوص القانونية لفرائض الدستور في متطلباتها الشكلية والموضوعية، يقبل ما يقرره القضاء المقارن من الفصل في دستورية النصوص القانونية، سواء من جهة حدودها الخارجية التي تبلور ضوابطها الشكلية؛ أم من زاوية حدودها الداخلية التي تنطق بمدى اتفاق مادة القانون أو محتواه ومضامين الدستور.

المبحث الأول

مناطق الرقابة القضائية للحدود الخارجية للنصوص القانونية

Le contrôle de la constitutionnalité externe

٢٩٢- يقصد بالحدود الخارجية للنصوص القانونية، أن تصدر السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية تشريعا بالمخالفة للقيود الشكلية التي تطلبها الدستور فيه. وأكثر ما يتحقق ذلك في الأحوال التي لا تلتزم فيها السلطة التشريعية بحدود ولائتها، سواء بطريقة إيجابية أو سلبية. فيكون عدم اختصاصها إيجابيا L'incompétence positive إذا أقرت قانونا عاديا في مسائل قصر الدستور تنظيمها كلها أو بعضها على القوانين العضوية^(١) في الدول التي تفرق بين هذين النوعين من القوانين. وكذلك إذا أقرت قانونا في المسائل التي احتجزها الدستور للسلطة التنفيذية.

وقد يكون عدم اختصاص السلطة التشريعية سلبيا يتحقق بتخليها عن مباشرة اختصاص بدخل ولائتها^(٢). كأن تعهد إلى سلطة محلية بفرض ضريبة لا تدخل في اختصاصها، أو تكفل إليها أمر تحديد وعلاها أو سعرها أو تاريخ بدء سريانها؛ أو تحيل إلى منظمة وطنية أمر تحديد القواعد التي يتحول بها القطاع العام إلى قطاع خاص، أو تقرير القواعد التي تقيد من احتكار وسائل الاتصال، ويوجه خاص تلك التي تكفل التعددية الصحفية^(٣).

(١) C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

(٢) C.C. 81- 123 D.C., 17 Jan. 1982, R.p. 18.

(٣) C.C. 86- 217 D.C., 18 Sep. 1986, R.p. 141.

فالتفويض في هذه الصور جميعها يفيد تخطي السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها في الوقت الذي لا يدعوها الدستور فقط إلى تولي مهامها؛ وإنما يكلفها كذلك بالنهوض بها، ويحملها على أن تقرر كافة القواعد الرئيسية التي تتخذ في اختصاصها، حتى لا تترك للجهة التي فوضتها -إدارية كانت أم غيرها- سلطة تقديرية عريضة.

ذلك أن القانون، وكلما أحاط بالقواعد الرئيسية التي يقوم عليها، كان حائلاً دون إخلال آخرين بولاية السلطة التشريعية التي تتدخل جهة الرقابة على الدستورية في هذه الفروض لصون حدودها، حتى لا يكون تخليها عن بعض مظاهر ولايتها، نكولاً سلبياً عن مباشرتها؛ مثلاً يعتبر خروجها عن حدود هذه الولاية، تعدياً إيجابياً على سلطة تملكها غيرها.

ويستتبع تخطي السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها أكثر صور الرقابة على الدستورية صرامة. بل إن جهة الرقابة على الدستورية، تظهر في مواجهة هذا التخطي، وكأنها المدافعة عن ولاية السلطة التشريعية، لحريصة على أن تكون تشريعاتها وافية في مبادئها وقواعدها، بما يكفل تحقيق أهدافها.

وكلما كان التفويض الصادر عن السلطة التشريعية مرناً غير قاطعة حدوده، فإن الجهة التي فوضتها في اختصاصها، تتحول إلى سلطة نهائية للتقرير، فلا تكون سلطة مقيدة، بل مطلقة.

ولأن تخطي السلطة التشريعية عن ولايتها، يعود إلى تسليها من مباشرتها، فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تتردد في أن تواجهه من تلقاء نفسها D'office، إذا لم يكن الطاعن قد فطن إلى هذا العوار، أو كان لم يعا به^(١).

على أن المطاعن الشككية التي تعتور النصوص القانونية، لا تقتصر على إقحامها ولاية اختصاص الدستور غيرها بها، ولكنها تشمل كذلك كل خلل إجرائي في النصوص القانونية، إذا كان الدستور قد حظر الوقوع فيه. ذلك أن مثل هذا الخلل -أيا كان قدره أو أثره على عملية إقرار القانون- مؤداه بطلان النصوص القانونية التي تطلق كل خلل إجرائي في النصوص القانونية، مؤداه بطلانها، أيا كان قدر هذا الخلل، أو أثره على عملية إقرار القانون.

(١) C.C. 83 165 D.C., 20 janv. 1984. R.p. 38.

ويعتبر خلا إجماعاً يبطّل القانون بوجه خاص، حرمان أعضاء السلطة التشريعية أو بعضهم من حقهم في التعبير عن آرائهم فيه، أو الخوض في بعض جوانبه، أو من الحصول على أية مطومة يرونها لازمة لتقييم النصوص التي تضمنها. ذلك أن الأوضاع الشككية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية، من قولها: لا تقوم إلا بها، ولا يكتمل بنيتها أصلاً في غيابها، لتفقد بتخلّفها سماتها كقواعد قانونية يحمل المخاطبون بها على النزول عليها^(١) وتتوافر المخالفة الشككية كذلك لنصوص الدستور، إذا لم تلتزم السلطة التشريعية بالقواعد الإجرائية التي أحاط بها الدستور لقرار القانون. ومن ذلك التفتتها عن الحصول على رأى الجهة التي عينها الدستور لاستطلاع وجهة نظرها في مشروع القانون قبل الاقتراع عليه^(٢).

ولا تتردد جهة الرقابة في أن تتحقق من تلقاء نفسها، من كل مخالفة إجرائية تنجم عن إهمال القواعد الشككية التي تتطلبها الدستور^(٣).

ولقد بسط المجلس الدستوري الفرنسي رقابته في هذا الشأن، ليس فقط بالنسبة إلى الآراء الاستشارية التي يتطلبها الدستور، بل كذلك بالنسبة إلى ما يكون من هذه الآراء متصلاً وجوباً بموضوع القانون، ولو لم يتطلبها الدستور^(٤).

وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن مجرد توافر صلة -لما كان عمقها- بين موضوع القانون المطروح على البرلمان لإقراره، وبين جهة ينظم هذا القانون نشاطها، لا يعتبر كافياً لإيجاب أخذ رأيها فيه. وإنما يتعين أن يكون نص الدستور مقتضياً هذا الوجوب.

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٣ يولييه ١٩٩٥- قاعدة رقم ٩/٢ - ص ٥٣-٥٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها. وعلا بص المادة ١٩٥ من دستور جمهورية مصر العربية، يؤخذ رأى مجلس الشورى وجوباً في القوانين المكتملة للدستور. فإذا لم يستطلع مجلس الشعب وجهة نظر مجلس الشورى في شأن هذه القوانين قبل إقرارها، كان البطلان جزءاً تخلف هذه الشككية التي أوجبها الدستور. وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية - قاعدة رقم ٢٢/١/٥٤٤٢٠٢٠١، ص ٢٦٢- ٢٩٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٢) C.C. 80- 122 D.C., 22juil, 1980, R.p. 49; C.C. 81- 131 D.C., 16 Déc.1981, R.p.39.

(٣) C.C. 81 - 129 D.C., 30- 31 Oct. 1981, R.p. 35.

(٤) C.C. 77 - 83 D.C., 20 Juil. 1977, R.p. 39.

ويتعين دوماً أن تكبر السلطة التشريعية مناقشتها في شأن مشروع القانون وفقاً للأوضاع الإجرائية التي يقتضيها الدستور. فلا تفر السلطة التشريعية أجزاء ميزانية الدولة المتعلقة بنفقاتها، قبل اعتمادها لمواردها^(١).

(١) C.C. 79 – 110 D.C., 24 Dec. 1979, R.p. 36.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية للحدود الداخلية للنصوص القانونية

٢٩٣- يقصد بالحدود الداخلية للقانون -بوجه عام- تلك التي تتلاقض فيها مادة القانون، للدستور في محتواه. ومن ثم يتعلق هذا العوار بالتكوين الداخلي للنصوص المطعون عليها.
Le contrôle de la constitutionnalité interne.

ومن ذلك إخلال القانون بمضمون حقوق الفرد وحرياته التي كفلها الدستور، على أن يؤخذ الدستور ليس فقط بالمعنى الحرفي لهذه الكلمة، وإنما يدخل كذلك في إطار الدستور كافة القواعد ذات القيمة الدستورية.

ويعتبر القانون مخالفا للدستور في محتواه، ليس فقط إذا خرج على قاعدة في الدستور، أو نقض قاعدة لها قوة الدستور. وإنما كذلك إذا أخطأ في تقدير الأوضاع الظرفية التي قام القانون عليها.

وإذا صدر القانون لتحقيق أغراض لا صلة لها بالمصلحة التي يفترض الدستور أن يعمل المشرع على تحقيقها، فإن القانون يعتبر مخالفا كذلك -في حدوده الداخلية- للدستور بالنظر إلى مجاوزة المشرع حدود ولايته لحرافا عنها.

ولئن كان قضاء المحكمة العليا -المحكمة الدستورية العليا من بعدها- يجيز الطعن في النصوص القانونية لمجاوزة السلطة^(١) le détournement de pouvoir إلا أن كثيرين

(١) يبين من قضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم ٢ لسنة ٣ قضائية دستورية الصادر عنها بجلستها المقفودة في ١٩٧٥/٦/٧ إنش هذا الحكم في ص ٣١٤ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة في الدعوى الدستورية أن المدعى في الدعوى المذكورة نعى على القانون المطعون فيه صدوره مشوبا بعيب الإحراف وعدم استهدافه الصالح العام. وقد رفضت المحكمة هذا الوجه من النعى، لا لأنه غير جائز - بل لعدم توافر الدليل عليه. كذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بحكمها في القضية رقم ١٢١ لسنة ١٨ قضائية دستورية الصادر عنها بجلستها المقفودة في ١٩٩٨/٣/٧ إنش هذا الحكم في ص ١٢١٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظيفتها، ليس ببسداً يفترض في صحتها، بل يعتبر مقابا احتياطيا، وعيبا قصديا يتعين أن يكون الدليل عليه وشيا بتفكيك الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستقلالها بالتالي وراء سلطتها في تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهها، فلا يكون صلبا إلا لحرافا عنها.

يعارضون في ذلك قولاً منهم بأن هذه الصورة من صور الرقابة يستحيل ضبطها بمعايير موضوعية، وأنها في حقيقتها خوض في النوايا الداخلية لأعضاء السلطة التشريعية التي يتعذر رصدتها، ولا تقديم الدليل على توطنهم في مجموعهم على مجاوزة حدود المصلحة التي افترضها الدستور في العملية التشريعية.

فضلاً عن أن هذه الصورة من صور الرقابة، تتحل في واقعها إلى نوع من التقييم الخلقى لهؤلاء الأعضاء، وتصنفهم كأشخاص لا توجههم المصلحة العامة فيما يفعلون، وأنهم يفتشون عليها قصداً، ويعمدون إلى الأضرار بها التواء، وينفرون بوجوه منها.

على أن أوجه النقد هذه، يعيبها أن المحكمة الدستورية العليا -وفي مجال تقصيصها لعواز مجاوزة السلطة انحرافاً عليها- أن تخوض في النوايا التي أضمرها أعضاء السلطة التشريعية فيما أقروه من القوانين؛ ولكنها تستخلصها من عناصر خارجية تكل عليها، مثلما هو الحال في القانون الخاص.

ذلك أن التمييز في نطاق هذا القانون بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مؤداه أن يكون لكل من هاتين الإرادتين مجال تعمل فيه، وإن خفاء الإرادة الباطنة لتعلقها بالنوايا الكامنة التي لا يعرفها غير أصحابها، لا يمنع من التكتيل عليها بالمظاهر الخارجية التي تنشئ بها.

ولا يتصور بالتالي أن تستخلص المحكمة الدستورية العليا ما أضمره أعضاء السلطة التشريعية من النوايا، عن طريق تطويل أعماق نفوسهم. ذلك أن النصوص القانونية التي أقروا قد تبدو محايدة في مظهرها. ويتعين بالتالي على من يدعى مجاوزة هذه السلطة لأهدافها، أن يدلل على انحرافها من خلال مظاهر خارجية تفصح بذاتها عن تنكيبها المصلحة العامة التي يفترض أن تتفياها.

فلا يكون الدليل على انحرافها مباشراً، بل غير مباشر يقوم على القرائن المتضاربة. ومن ذلك مضابط مناقشتها؛ والأعمال التحضيرية للقانون؛ والأوضاع الظرفية التي انبثق عنها؛ والرغبة الجامحة في إقراره بغير حوار حول مضمونه؛ وقوله فوراً بالصورة التي عرض بها؛ ومفاجأة المعارضة بمشروع القانون حتى لا تتوافر لها فرص بحثه؛ ونظر هذا المشروع على

وجه الاستعجال دون ما ضرورة؛ وللتأثير على المعارضين لمشروع القانون بالأغواء أو التهديد - لمنعهم من وقفة أو تأجيله.

وتلك صور من المظاهر أو القرائن المتمثلة التي تكل على أن السلطة التشريعية قد خالطتها الأغراض الشخصية في قانون صدر عنها.

ومن ذلك أن تنظم بقانون شئون الصحافة من زواياها المختلفة، فإذا ظهر من استقرار أحكامه، أن ما نواحه هو تصفية الجرائد التي تعارض الدولة وتوجه لها نقدا قاسيا، فإن هذا القانون لا يكون فقط مخالفا للدستور في محتواه بالنظر إلى خروجه على التعددية في الصحافة التي يظنها تنوع أدواتها، ويقوضها تقليص دائرة ترويجها، وإنما كذلك متضمنا انحرافا في استعمال السلطة لتوجيه التمييز بين الآراء بالنظر إلى مصدرها بما يحول دون تنقيحها ويكفل تصفية بعضها.

٢٩٤- وفضلا عما تقدم، يعتبر القانون -في حدوده الداخلية- مخالفا للدستور في محتواه، ولو كان إقراره ناجما عن خطأ السلطة التشريعية في فهم الدستور أو في تقدير واقعة قام القانون عليها.

ويحقق قضاء الشرعية الدستورية من توافر هذه الصورة من الخطأ أو تخلفها من خلال عملية تفسير عقلية تقتضيها الوظيفة القضائية، وهي عملية تتم على مرحلتين: أولاها تحديد مضمون الحق أو الحرية المدعى الإخلال بها، وثانيها تحليل حقيقة القانون المطعون عليه في صحيح معانيه ومقاصده. ومن خلال هاتين المرحلتين، قد يظهر لهؤلاء القضاة أن نصوص ذلك القانون يستحيل توفيقها مع الدستور، ويتعين بالتالي دمجها بالبطلان وتجريدها من كل أثر Inopérantes. وقد يحملون القانون المطعون عليه على الصحة من خلال فهمهم المنطقي للنصوص التي احتواها، ولو أضافوا إليها معاني غير التي يدل ظاهرها عليها.

ولا يحى ذلك أن لجهة الرقابة القضائية على الدستورية، أن توجه المشرع إلى الشروط التي يكون بها القانون موافقا للدستور. بل صيها أن تتولى تقييم أحكامه على ضوء حقيقتها، لا أن تبدل منها، أو تدخل أوصافا عليها تقربها من الدستور

ذلك أن التفسير الحق للنصوص القانون -في تقابلها أو تعارضها مع الدستور- هو الذي يقيم علاقة منطقية بين مقدماتها ونتائجها، فلا يتخذ التفسير زريعة إلى تكملة نقص فيها، ولا إلى تقرير شروط لتطبيقها لم ينص المشرع عليها؛ ولا إلى تعديل محتواها، سواء من جهة موضوعها أو المخاطبين بها؛ ولا إلى تحويل أثرها.

وإنما ينحصر محل الرقابة القضائية على الدستورية في النصوص ذاتها التي أقرها المشرع، والتي حدد على ضوئها مقاصده منها، فلا تحرقها جهة الرقابة لتوافقها مع الدستور، وليس لها أن تعد كتابتها؛ ولا أن تعدل فيها، ولو كان هذا التحديل جزئيا.

ذلك أن وظيفتها القضائية تلزمها بأن يكون موقفها محايدا من النصوص القانونية المطعون عليها. فلا تصححها بما يحور معانيها؛ أو بما ينحل لها مفاهيم تتناقض حقيقتها، خاصة وأن قضاء الشرعية الدستورية ينتمون إلى جهة قائمة بذاتها، لا تختلط بالسلطة التشريعية أو تقوم مقامها. وعليها بالتالي ألا تفسر إرادتها بما يشوهها، وإنما تنزل عليها حكم الدستور بعد استصفائها وقوفا عليها.

وإقازما القانون المطعون عليه، ليس غاية في ذاتها. بل عليها أن تبطل أحكامه التي تظهر فيها المخالفة الدستورية بصورة واضحة، ولو كان من شأن حكمها، تقوية الجبهة المعارضة للحكومة في حلبة الصراع السياسي بينهما.

وليس لها بالتالي أن تعلق حكمها بعدم دستورية القانون المطعون عليه، على استيفاء هذا القانون لشروط تتطلبها، وإن ماغ لها أن تبصر المشرع بالشروط التي تراها ضرورية لضمان صحة القوانين التي تقرها السلطة التشريعية مستقبلا بما يكفل تحقيق تعاون بينهما في عملية صناعة القانون، ودون ما إخلال بالمهام التي يتولاها كل منها أصلا في حدود ولايته.

المبحث الثالث

نظرية الخطأ الظاهر

L'erreur Manifeste

٢٩٥- الأصل في السلطة التقديرية التي يملكها المشرع هو إطلاقها، ما لم يفرض الدستور عليها ضوابط تقيد من مباشرتها. وليس لجهة الرقابة القضائية على الدستورية بالتالي أن تستعيز عن إرادة المشرع في التقدير بإرادتها هي؛ ولا أن تبذل تقديره بتقديرها، وعلى الأخص لأن تقدير المصلحة العامة التي يستهدفها مما يختص به^(١).

بيد أن السلطة التقديرية التي يملكها المشرع؛ لا تتناقض حقيقة أن للقوانين التي يقرها، أهدافا تتوخاها؛ ووسائل يعتمد عليها في تحقيقها. ويبادر قضاء الشرعية الدستورية رقابتهم على هذين الأمرين معا.

فالأغراض التي يستهدفها القانون قد تتناقض حكما في الدستور. والوسائل التي يلجأ إليها لتحقيق هذه الأغراض هي النصوص القانونية التي يقرها. فإذا اخل تناسبها بصورة ظاهرة مع حقيقة الأغراض التي تتوخاها، كان القانون مخالفا للدستور.

وتلك هي نظرية الخطأ الظاهر التي نتناول جوهر السلطة التقديرية التي يباشرها المشرع وتتمتع دخالها من خلال عملية عقلية تجريها جهة الرقابة القضائية على الدستورية، غايتها أن تستوق بنفسها ما إذا كانت المصلحة التي حمل المشرع للنصوص القانونية عليها، حقيقية أو منتحلة، قائمة أو متوهمة؛ وكذلك ما إذا كانت الوسائل إلى تحقيقها منطقية أو غير ملائمة، ضرورية أو مجاوزة حدود الاعتدال.

وتلك مهمة تتولاها الجهة القضائية بقدر كبير من الحذر. ذلك أنها تعيد النظر في تقييم المشرع لكل واقعة قام عليها القانون المطعون فيه، وتفصل في ملائمة النصوص التي احتواها، لتحقيق الأغراض المقصودة منها. وهو ما لا يتصور أن يكون محل اتفاق بين الناس جميعهم. ذلك أن ما يراه البعض ملائما، قد لا يكون كذلك في نظر آخرين. وما تتصوره جهة الرقابة

(١) C. C. 74-54 D.C., 15 janv. 1975, R.p. 19; C.C. 84- 179.D.C., 19- 20 juil 1983, R.p. 49.

القضائية من خطأ ظاهر في تقدير النصوص القانونية للملائمة لتحقيق الأغراض التي تستلزمها؛ قد لا يكون كذلك في تقدير آخرين.

وما الخطأ الظاهر في التقدير، غير خطأ تنقذ به النصوص القانونية المطعون عليها تناسبها مع الأغراض التي تعمل على تحقيقها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بأهدافها حقيقياً. كان تنقذ العقوبة التي فرضها المشرع تناسبها مع الجريمة التي تتعلق بها^(١). وكذلك إذا أخطأ المشرع بصورة ظاهرة في تصويره تملثل المراكز القانونية التي نظمها^(٢).

ويفصل قضاء الشريعة الدستورية كذلك فيما إذا كان المشرع قد حدد سن التقاعد في أعمال مختلفة بما يجاوز الخطأ الهين في التقدير^(٣)؛ وما إذا كان قد رسم حدود الدوائر الانتخابية بطريقة يشوبها الخطأ الظاهر^(٤)؛ وما إذا كانت الغرامة المالية التي فرضها على العاملين في البنوك الذين يذيعون حقائق الدخل الخاص بأحد المودعين، والتي يعادل مبلغها مقدار هذا الدخل، تعتبر جزاء ملائماً^(٥).

وينبغي أن يلاحظ أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية للملائمة، *L'erreur manifeste* يقوم على ذات الأساس الذي تبطل به النصوص القانونية التي تنقذ تناسبها مع الأغراض التي تنوذاها *Disproportion manifeste*.

ذلك أن خطأ المشرع الظاهر في تقدير النصوص القانونية، يفترض مجاوزة هذه النصوص لضوابط تناسبها مع الأغراض المقصودة منها. فلا تربطها صلة منطقية بها، أو تكون صلتها بها واهية. وللمشرع في هذا المقام يولن بين بدائل، ويقرر ما يراه أنسبها لتحقيق المصالح التي يربوها منها. فإذا أخل بصورة جسيمة *Attentes excessives* -ومن خلال اجتتهاده- بأحد الفرض ذات القيمة الدستورية، بطل القانون^(٦).

(١) C. C. 84- 176 D.C., 25 juil. 1984, R.p. 55.

(٢) C. C. 83- 164 D.C., 22 déc. 1983, R.p. 67.

(٣) C. C. 84- 179 D.C., 12 sep. 1984, R.p. 73.

(٤) C. C. 85- 196 D.C., 8 osut. 1985, R.p. 63.

(٥) C.C. 87- 237 D.C., 30 dec., 1987, R.p. 63.

(٦) C. C. 89- 254 D.C., 2 juil. 1989, R.p. 41.

وظاهر مما تقدم أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتدخل بنفسها في العملية العقلية التي يجريها المشرع، لتصل فيما إذا كان تقديره ظاهر الخطأ، أم أن خطأه في التقدير، محدود الأهمية، ويغتر بالتالي^(١).

ولئن جاز القول بأن جهة الرقابة القضائية، قلما تواجه مصلحة توخاها المشرع بالمخالفة للدستور، وذلك على تقدير أن المصالح التي يستهدفها تظاهرها الشرعية الدستورية فسي أكثر أحوالها، كذلك المتعلقة بضمان السير المنتظم للمرافق العامة؛ ويتحدية المعلومات التي تنقلها وسائل الإعلام؛ وباستقلال السلطة القضائية؛ وبضرورة معاقبة المذنبين؛ وباحترام لغة البلد وعلمها ورموزها الوطنية؛ إلا أن الوسائل التي اختارها المشرع لتحقيق المصلحة التي يبتغيها، هي التي تتعلق بها الرقابة القضائية في أكثر تطبيقاتها.

وتبشر جهة الرقابة مراجعتها لهذه الوسائل من خلال العملية العقلية التي تجريها، بقصد التحقق من ملائمة تلك الوسائل لتحقيق الأغراض المقصودة منها.

ونحن بذلك أمام عمليتين عقليتين تقوم السلطة التشريعية بأولاهما، إثر رجوعها الجهة القضائية في تقديرها، ولتقرر على ضوء نتيجة هذه المراجعة بطلان أو بقاء القانون.

ومن ثم يقابل اجتهاد المشرع باجتهادها، فإذا تبين لها أن للنصوص القانونية التي أقرها غير مناسبة لتحقيق المقاصد المبتغاة منها، فإنها لا تكتفي بإبطالها، وإنما تحدد أحيانا فهمها للصورة التي ينبغي أن تكون عليها، وإن كانت الكلمة النهائية في ذلك للمشرع بعد أن يعيد النظر في تلك النصوص التي أبطلتها الجهة القضائية^(٢).

ومن ثم تبدو نظرية الخطأ الظاهر، كحوار بين البرلمان والجهة القضائية من أجل الوصول إلى أفضل الوسائل ضمانا للحقوق الدستورية، وأكظها لتحقيق المصلحة التي تتوخاها النصوص القانونية التي أقرها. وهو حوار لا يتم في الخفاء، وإنما بصورة علنية يشارك كثيرون فيها -ومن

(١) وشبه بذلك الرقابة التي تفرضها محكمة النقض على قضاء محكمة الموضوع، ذلك أنه بالرغم مما تقولته هذه المحكمة من أنها لا ترأب تحصيل قاضي الموضوع للواقع، إلا أنها تشترط لذلك أن يكون تقديره في ذلك سائغا. وهي بذلك تعيد النظر في العملية العقلية التي يقوم بها قاضي الموضوع وتختلف تقييمها، فكانها ترأب كيفية تحصيله للواقع، وما إذا كان هذا الواقع مستمدا من أصول تنتجته وتقضي إليه علنا.

(٢) C. C. 93- 326 D.C., 11 avr. 1983, R.p. 217.

بيدهم وسائل الإعلام والفقهاء - حتى يكون تقييم الجهة القضائية للموضوع المطروح عليها، قريباً قدر الإمكان من حكم الدستور.

والذين يدافعون عن هذه النظرية يقولون بأن مجال تطبيقها ينحصر في الخطأ الظاهر لترك المشرع سلطة التقدير كاملة فيما عداه، كالخطأ البسيط المغتفر، فلا تبطل الجهة القضائية تقسيم الدوائر الانتخابية لمجرد أنه لم يصل إلى حد الكمال، ولكنها تقرر فقط مخالفته للدستور، إذا كان مشوباً بخطأ جسيم^(١).

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن نظرية الخطأ الظاهر لا شأن لها بنموض أو وضوح النصوص القانونية التي تراجعها الجهة القضائية لتقرر صحتها أو بطلانها. ولكنها تتناول كافة النصوص التي يقرها المشرع في حدود سلطته التقديرية، ولما كان موضوعها.

وتتعلق هذه النظرية كذلك - في حقيقتها - بالبدائل التي اختارها المشرع. والجهة القضائية هي التي تقرر ما يكون ملائماً أو ظاهراً للخطأ منها، وذلك وفق معاييرها التي تستخلصها بنفسها.

بيد أن الناقدين لتلك النظرية يقولون بأن الجهة القضائية لا تقم نفسها فقط في تقدير المشرع، ولكنها تبسط رقابتها كذلك على سلطة التقرير التي يملكها، والتي يستحيل فصلها عن سلطة التقدير. *L'acte de décider n'est pas détachable de l'acte d'apprécier*، وأن نظرية الخطأ الظاهر تفترض أن توازن الجهة القضائية بين البدائل التي اختارها المشرع، وأن ترجيح اجتهادها على اجتهاده؛ وأنها تمايز كذلك بين أخطاء جسيمة لا يجوز أن يقع المشرع فيها؛ وأخطاء نافهة يجوز للتجاوز عنها، بما يصم أحكامها بالنزعة الشخصية المجانبة لموضوعية التقييم، لأنها هي التي تقرر ما إذا كان خطأ المشرع لا تبصر فيه، أم كان واقعاً في حدود الاعتدال.

فضلاً عن أن نظرية الخطأ الظاهر هي في حقيقتها يدال لإرادة المشرع بإرادة جهة الرقابة القضائية على الدستورية. ذلك أن المشرع لا يقر قانوناً إلا على ضوء تحليل يجريه لكل واقعة يتصل القانون بها. فلا يكون للقانون إلا تقديرًا لحدود هذه الواقعة، واختياراً للقاعدة القانونية التي تناسبها. فإذا قيل بأن هذا التقدير والاختيار شابهما خطأ ظاهراً كان ذلك استثناءاً بالموازنة

(١) C. C. 86- 218 D.C., 18 nov. 1986, R.p. 167.

والترجيح لقرار سابق صدر عن السلطة التشريعية التي تختص بتنظيم الحقوق جميعا بحكم ولايتها الشاملة.

على أن نظرية الخطأ الظاهر المعمول بها في بعض الدول الأوروبية/تفرنسا، وكذلك في الدول التي تنقل عنها نظمها الدستورية -وأيا كان وجه المطاعن الموجهة إليها- لها ما يقابلها في دول القانون العام التي يقرر قضائتها أن دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، تقتضى ارتباطها عقلا بأهدافها. فإذا لم تكن صلة منطقية تربطها بالأغراض المقصودة منها؛ أو كانت صلتها بها واهية، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور^(١).

وهذا المعيار الأخير أكثر دقة من نظرية الخطأ الظاهر، ذلك إن هذه النظرية تقتضى التمييز بين الأخطاء على ضوء جسامتها، بالرغم من انقضاء الحدود الفاصلة بين الأخطاء تبعا لدرجتها. ولا كذلك المعيار المعمول به في دول القانون العام. ذلك أن مناط تطبيقه هو منطقية التنظيم التشريعي من خلال علاقة موضوعية بين النصوص، وأهدافها. وهي علاقة غائبة تقيد الإطلاق في السلطة التقديرية للمشرع، وبما لا يقوضها.

٢٩٦- وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منظوبا على تقسيم Classification أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو المزايا أو الحقوق التي كفلها لفئة دون غيرها؛ إلا لفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية -التي نظم بها المشرع موضوعا محدد- عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخاها، بالوسائل إليها، منطقيا، وليس واهيا أو واهيا، بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا.

Classification is inherent in Legislation in that legislators may select different persons or groups for different treatment. However, The State may not rely on a classification whose relationship to an asserted goal is so attenuated as to render the distinction arbitrary or irrational.

(١) تأخذ المحكمة الدستورية العليا بالفكرة القليلة بأن النصوص التي يقرها المشرع يجب النظر إليها باعتبارها مجرد وسائل لتحقيق أغراض بعينها. فإذا كانت هذه الأغراض غير مشروعة، أو كانت هذه النصوص كوسائل انتهاك المشرع لتحقيق أغراض مشروعة، لا تربطها صلة منطقية بها، فإن هذه النصوص تكون مخالفة للدستور.

ولأساس ذلك، أن كل تنظيم تشريعي يتغيا بلوغ أغراض بعينها تعكس مشروعاتها إطارا لمصلحة عامة يقوم عليها هذا التنظيم، متخذا من القواعد القانونية التي تبنّاها سبيلا إليها، فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها، تحكما^(١).

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ لسنة ١٦٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة. ونظر كذلك القضية رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - قاعدة رقم ٩ - ص ١٨٢ من الجزء السابع. فنظر كذلك القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٥/٩/٢ - قاعدة رقم ١٠ - ص ٢٠٤ من الجزء السابع.

الفصل السادس عشر

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

بين توسيعها وتضييقها

المبحث الأول

مضمون الحماية الحقيقية للدستور

٢٩٧- لا تكفل الحماية الحقيقية للدستور، إلا الدول التي تنظر إليه كوثيقة هي الأعلى درجة في حرمتها، والأكثر قوة في قيمتها القانونية، والأحق بالحماية بالنظر إلى أهميتها واتصالها بقرينة الجماعة وثوابتها. وحتى فيما بين هذه الدول، لم يكن ثمة اتفاق على وسائل حماية الدستور، فمنها -بعض الدول الأوروبية- ما يفضل الوسائل السياسية على القضائية. ومنها -كالتجربة الأمريكية وبعض دول القانون العام- ما ينحاز إلى الوسائل القضائية التي تنتم بقايعيتها، ومناهضتها ادعاء السلطة التشريعية بأن ما نقره من القوانين، هو تعبير منها عن السيادة الشعبية التي لا يجوز لهيئة قضائية أن تتلفها في كيفية مباشرتها لها؛ وبأن موقفها من الدستور يجرطها الحارس الأعلى لأحكامه.

ولم يكن هذا التباين في وسائل حماية الدستور، إلا ثمرة تطور تاريخي. لا يطينا أن نتعقبه، حتى وإن صح القول بأن فكرة الرقابة على الدستورية كان لها جذورها في إنجلترا إبان القرن الثامن عشر. ذلك أن الحكم الصادر في قضية واحدة، وإن جاز اعتباره سابقة قضائية، إلا أن كل سابقة لا تكل بذاتها على استقرار القاعدة التي أرستها، ما لم يكن قد اطرد العمل بها، على ضوء من الاقتناع بضرورة النزول عليها.

٢٩٨- ولما كان شأن الجذور التاريخية للرقابة القضائية على الدستورية، فإن التجربة الأمريكية كان لها فضل إلهام دول كثيرة بأهميتها وحيويتها، خاصة ما تنسم به هذه التجربة من خصائص بالغة الأهمية:

لأولها: أنها لا تقصر رقابة الدستورية على محكمة وحيدة تنفرد بها، ولكنها تعهد بها إلى المحاكم جميعها بما يشركها كافة في مباشرتها.

ثانيها: أن محل هذه الرقابة لا يقتصر على القوانين بمعنى الكلمة، وإنما يتسع ليشمل غيرها من الأعمال التي تتلون بلون السلطة Under the color of the State وتتشمع بردياتها.

ثالثها: أنها رقابة عرضية لا تثار إلا في شأن خصومة قضائية قائمة يرتبط الفصل فيها بتحديد القاعدة القانونية الواجبة للتطبيق عليها.

رابعها: أن الحكم الصادر فيها لا يتطرق بغير أطرافها.

والرقابة التي نركز عليها هي الرقابة القضائية على دستورية القوانين، سواء كان محلها قانونا قبل إصداره، أم قانونا بعد دخوله مرحلة التنفيذ. ولا شأن لنا بالتالي بالمراجعة القضائية للقرارات الإدارية الفردية، والتي تبشرها السلطة القضائية حتى في الدول التي تظلمها مجموعة من القواعد الدستورية بالمعنى المادي، لا الشكلى، ولا يوجد فيها بالتالى دستور مدون جامد مكلما هو الأمر في المملكة المتحدة.

٢٩٩- كذلك تبشر بعض الدول كإسرائيل، رقابة قضائية على الشرعية الدستورية، بغير وجود دستور Judicial review sans Constitution.

ولم تحظ الرقابة القضائية على الدستورية بدور هام أو بدور ما، في النظم السلطوية، ولا في النظم القانونية التي تتمحور حول الاشتراكية. ولكن دورها كان أكثر فاعلية في الدول التي تأثرت بالتجربة الأمريكية كالفلبين واليابان ودول أمريكا اللاتينية. ثم ظهر اتجاه آخر في بعض من الدول الأوروبية الغربية بعد الحرب العالمية الثانية، تمثل في حلول الرقابة المركزية للقضائية على الشرعية للدستورية محل الرقابة اللامركزية التي تتولاها المحاكم جميعها؛ وفي إيدل الحجة النسبية للحكم الصادر في المسائل الدستورية، بالحجة المطلقة؛ وفي رقابة مجردة لا شأن لها بمضار أحقها القانون المطعون فيه بالمخاطبين بأحكامه.

وكان للنمسا فضل السبق في الرقابة المركزية للقضائية، وإن حنتها إيطاليا وجمهورية ألمانيا الفدرالية وقبرص وتركيا وأسبانيا والبرتغال ويوغوسلافيا وبولونيا، مما أكد انضمام الدول الأوروبية الغربية -في أغلبها- إلى هذا النوع من الرقابة على الشرعية الدستورية، لتتولى مسئوليتها. واليوم ليس ثمة نزاع حقيقى حول ضرورة هذه الرقابة أو أهميتها، أو مباشرتها عن طريق هيئة قضائية قائمة بذاتها تستقل في مباشرة وظيفتها، عن أفرع الدولة جميعها.

وحتى في فرنسا التي لم تكن للتربة فيها مهياة للرقابة على الدستورية بالنظر إلى سيطرة البرلمان ومركزه في كل من الجمهوريتين الثالثة والرابعة، فإن مجلس الدولة بها ظهر كقوة لها وزنها وحسابها تتناول الفصل في مشروعية نشاط الإدارة، وحل مشكلاتها، حتى تلك التي تقوم على أساس من الدستور. ثم حدث عام ١٩٥٨ تطور هام في فرنسا نجم عن إنشائها مجلسا دستوريا يتولى مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، في إطار اختصاص محدود نص عليه دستور ١٩٥٨، الذي آمن واضعوه بضرورة إيلاء اعتبار خاص للبرلمان، ورفض كل أشكال الرقابة القضائية على دستورية القوانين بعد العمل بها^(١).

وقد انتقل نظام هذا المجلس من فرنسا إلى كثير من الدول الإفريقية الفرنكوفونية -كالمغرب وتونس والجزائر وموريتانيا وبينين- مما حدا ببعض إلى التساؤل حول ما إذا كان للمجلس الدستوري الفرنسي يمثل صورة ثالثة من صور الرقابة على الدستورية تقوم إلى جوار كل من التجربة الأمريكية والمحكمة الدستورية الخاصة، القائمة في بعض الدول الأوروبية لتباثر رقابة قسرية Repressif لا رقابة وقائية Preventif.

بيد أن النظرة التحليلية الأعمق، تدل على أن صور الرقابة على الشرعية الدستورية، بجمعها أنها رقابة قضائية تتعدد بين نظامين مختلفين: هما نظام الرقابة القضائية اللامركزية في الدول الاتحاديّة ومركزية، ونظام الرقابة المركزية القائم في بعض الدول الأوروبية؛ وأن النظامين يدوران حول نوع من المراجعة القضائية تتولد هيئة قضائية لا تفصل عن طريقة تكوينها، ولا عن كيفية ممارستها لوظيفتها، ولا عن الأوضاع التي أنشأتها Les conditions de l'environnement. وذلك إما كمن التنظيم الإجرائي الخاص بها، أو قواعد اختيار قضائتها. خاصة وأن تطبيق هذه الهيئة القضائية للدستور يتم -لا بطريقة آلية- وإنما من خلال عملية خلق تفسيرية L'interprétation créatrice. ينكحها أن نصوص الدستور تنسم في الأعم بالفصوص والامتساع، ولا يتصور بالتالي تحديد مفاهيم هذه النصوص بخير ربطها بنظام القيم Systeme de valeurs التي تستخلصها الهيئة القضائية بنفسها كي تتحدد لكل قاعدة نص الدستور عليها، مضمونها الحق. Le contenu réel.

(١) بسمى دستور ١٩٥٨ في فرنسا دستور الجمهورية الخامسة

ومن ثم تحول عملية تطبيق الدستور -لا إلى صورة جامدة لا حياة فيها- بل إلى أداة خلق لقواعد جديدة، أو تطوير لقواعد قائمة بما يجعل فهم القضاء للدستور، هو الدستور Constitution de juge ويكتل صهر أحكامه في نطاق الحقائق المتغيرة التي تعاصر تطبيقها، والتي لها من قوة تأثيرها وعمق حركتها Realités mouvantes ما يجعل معاشتها ضرورة لا مفر منها، حتى لا يكون تطبيق الدستور عقوماً أو رجعيًا أو نمطيًا، بل واقعًا في إطار القيم الدستورية المتجددة وولادها، لتحيط بفروع القانون جميعها، وبالحياة السياسية من كل أقطارها. فسلًا تتوهج بمؤر الصراع السياسي بما يؤذن بانفلاتها، وإنما تطفئها الهيئة القضائية من خلال الحلول القضائية التي تفرضها Juridicier la politique.

وتلك هي وظيفة الحكم بين مراكز الصراع وقواه المختلفة، تبشرها الهيئة القضائية بما لا يوقعها في مزالق السياسة ودروبها للخطر، وبما لا يقوض استقلالها، أو يخرج بها عن حدود ولايتها؛ لتظل الوظيفة القضائية قدا على نشاطها، فلا تفصل في غير خصومة قضائية، ولا في خصومة قضائية لم تنته أسبابها.

فالخصومة القضائية هي مدار ولايتها، ومداخلها. ولئن كان الفصل فيها يلزمها بأن تحيط بالأوضاع السياسية المعاصرة حتى تفهمها، وتقدر أثرها على النصوص القانونية المطعون عليها؛ إلا أن إدراكها لهذه الأوضاع، لا يعنى الاندماج فيها لتخرج أحكامها القضائية من رحمها، وكأنها من نبتها.

ولا كذلك أن يكون للهيئة القضائية دور نشط تطرح بمقتضاه -ومن خلال الخصومة القضائية- حلاً قضائياً لكل نزاع معروض عليها، أيا كان موضوع أو نطاق هذا النزاع أو من يكون طرفاً فيه، ولو تولى في صورة سياسية تشمل كل أبعاده.

وفي هذا الإطار، نشأ اقتناع عام بأهمية الرقابة القضائية على الدستورية؛ وبضرورة أن يتوافر للهيئة التي تتولاها مركز خاص يكسبها قوة في مواجهة نظم الدولة وسلطانها المختلفة التي كثيرا ما تلجأ إلى المناورة، وإلى الخداع أحيانا لإيهام المواطنين بأنها تعمل لصالحهم.

فلا تكون امتيازاتها قرين مسؤوليتها قبل مواطنيها، ولا تعبيراً عن وسائلها لتحقيق الخير العام لشعبها. وإلما احتفاء من جهتها بعناصر تعميق نفوذها، حتى تزداد به صلابة ومنعة. وهو

ما لا يجوز. ذلك أن الشرعية الدستورية وحدها هي التي تؤسس سلطاتها، وتحدد طرائق مباشرتها، وتكفل اتصالها بالواقع بمواطنيها.

وهذه الشرعية هي التي ترسيها الهيئة القضائية وتقرضها من خلال أحكامها، لتقوم بها عناصر بنیان دولة القانون التي لا تتفصل السلطة التشريعية عنها. إذ هي واقعة بالضرورة في إطار قاعدة الخضوع للقانون -والدستور في ذراه- ولن يجديها بالتالي الاحتجاج بالسيادة البرلمانية التي لا يجوز لها أن تباشرها إلا في الحدود المنصوص عليها في الدستور، والتي فرضتها عليها السلطة التي أسستها؛ ولا يجزيها إلا أن تصدر تشريعاتها وفق الضوابط التي رسمتها لها هذه السلطة التأسيسية.

ولم يعد مقبولا أن تترك الدولة إلى حاجتها إلى الاستقرار كي نقوض الهيئة التي تتولى مراجعة القوانين فصلا في اتفاقها أو لختلافها مع الدستور؛ ولا أن تعمل على إضعافها؛ ولا أن تعطل تنفيذ أحكامها؛ ولا أن تتدخل في شئونها ولو بطريق غير مباشر؛ ولا أن تثير ضدها وسائل الأعلام التي تملكها؛ ولا أن تنتظر إليها كمقبة تعطل حركتها.

وإذا جاز لها أن تقرض بعض القيود على نشاط هذه الهيئة القضائية، فذلك من أجل تنظيمها، وفي الحدود المنطقية التي تكفل فعالية دورها، وبما لا يضيق من ولايتها إلى حد كبير^(١). ويتعين بوجه خاص أن يظل استقلالها وحيدتها كاملين، فلا يكون قضائها تابعا لها بوجه أو بأخر.

ولم تكن عودة الديمقراطية إلى بعض الدول الأوروبية كالبرتغال واليونان، غير إيذان بإفتتاح طريقها إلى الرقابة القضائية على الشرعية للدستورية، التي هي اليوم التطور الأهم في أكثر دول الجماعة الأوروبية، على تقدير أن هذه الرقابة هي التي تكفل سيادة الدستور، وإن ظلت مبدأ السيادة البرلمانية أصلا في بعض الدول، كالمملكة المتحدة وهولندا ولكسمبرج.

(١) وفقا للنموذج الأمريكي تخرج المسائل السياسية من نطاق المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها، وهو ما تعارضه محاكم الدول الأوروبية التي تختص بالنظر في كل خصومة نسورها - كانت طليعية المسائل التي تطرحها.

٣٠٠- وإذ كان من المقرر أن الرقابة القضائية على النصوص القانونية، فصلاً في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، هي التي تكفل علوه على هذه النصوص؛ إلا أن السماتير المختلفة لم تتفق فيما بينها على نموذج موحد لهذه الرقابة، ليس فقط في طرائقها، وإنما كذلك في نطاقها. ذلك أن المراجعة القضائية الدستورية للقوانين لها أوصافها التي تتكرر بين رقابة قضائية سابقة مطبها للقوانين قبل صدورها. وهذه قد تكون وجوبية أو جوازية؛ ورقابة قضائية لاحقة ينحصر نطاقها في النصوص القانونية بعد العمل بها؛ ورقابة قضائية مجردة مطبها كذلك القوانين القائمة، وإن كان طريق الطعن فيها لا ينفذ أصلاً إلا لجهات بذواتها ليس لها مصلحة شخصية في الطعن عليها.

المبحث الثاني

المراجعة القضائية للقوانين هي الطريق الأفضل لحماية الحقوق.

٣٠١- ويبدو مما تقدم، أن المراجعة القضائية للقوانين هي وسيلة تقييدها للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها للدستور. ليكون إبطالها جزءا خروجها على أحكامه، وضمان علوه عليها. ولا تزال بعض الدول تتنازع فيها حتى اليوم بالرغم من قبولها الطعن في قراراتها التنظيمية بمجاوزة السلطة *Recours pour excès du pouvoir* سواء أمام محاكم إدارية تستقل بتشكيلها وباختصاصها عن محاكم القانون العام، أم تعمل كدائرة داخل محيط هذه المحاكم وفي إطار تشكيلاتها.

وكان من المفترض أن يقتصر قبولها بالمراجعة القضائية لأعمال السلطة التنفيذية -المادية منها والإدارية- برقابة تكملها القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية لضمان خضوع أعمال السلطتين التنفيذية والتشريعية للقانون، والدستور في أعلى مدارجه.

ولكنها رفضتها قولا منها بأن السيادة الشعبية التي يملكها البرلمان، لا تجوز مناقشتها. وهي حجة مقتضاها أن يظل القانون نافذا ولو كان مخالفا للدستور، ولازمها أن الدستور لا يعتبر قانونا أساسيا، بل في مرتبة موازية للقانون أو أدنى من القانون.

ولم يكن نزعها بمفهوم السيادة الشعبية غير قتاع يخفى مخالفتها من أن تتبوأ الهيئة التي تباشر الرقابة على دستورية القوانين، مكانة تعلوها على سلطاتها، ومركزا تتفوق به عليها بما يخل بالركائز التي يقوم عليها نظام الحكم فيها؛ ويمنعها من إحكام قبضتها على مواطنيها الذين يختلفون فيما بينهم في التقاليد التي ورثوها، وكذلك في أنماط ثقافتهم التي تلقوها، ويسمون كذلك بتباين لجناسهم، وتفرق مذاهبهم وفهمهم. فلا تبسط سيطرتها على مقلد الأمور بها من خلال نظم مدنية في طبيعتها^(١).

كذلك كان ضمور أحزابها أو اختفاؤها، تعبيرا عن تضائل دورها في توجيه الحياة السياسية أو التأثير فيها. وعجز مواطنيها كذلك عن تأسيس دستور يكفل لحقوقهم وحرياتهم إطارا ملائما، وعلى الأخص من خلال صون حقهم في الاقتراع الحر. ولم تكن هذه الدول -وذلك هي الأوضاع

(١) يستتر العامل الأكبر في تجريها في تقييد الدستورية بها، هو تدخل العسكريين في أعمال الحكومة.

التي تحيط بها- بتعليم أبنائها القيم الديمقراطية، ولا يحضهم عليها. ذلك أن ما كان يعتنقها، هو أن تلوا إرثها فوق القانون.

بيد أن الإيمان بالديموقراطية بوصفها هدفا مشتركا بين الشعوب جميعها -ويغض النظر عن فوارقها الثقافية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية- جعل من الديمقراطية -كما تقوم عليه من الحرية، والمساواة، والشفافية، والمسئولية، مع احترام تعدد الآراء- مثلا أعلى وأسلوبا للحكم ينبغي تطبيقه وفق المعايير المسلم بها دوليا.

وصارت الديمقراطية -بأشكالها المختلفة وخبراتها المتعددة- الطريق إلى صون كرامة الفرد وضمان حقوقه الأساسية، وإلى تحقيق العدالة الاجتماعية ودعم التنمية الاقتصادية، وإلى تأمين تلاحم المواطنين وتماسكهم؛ وإلى التناقص -في إطار سياسة مفتوحة حرة وعريضة ودون تمييز- من أجل الوصول إلى السلطة، وممارستها، وتداولها في إطار مبدأ الخضوع للقانون.

وكان للديموقراطية كذلك أثر هام في توكيد أهمية الحقوق المدنية والسياسية، وأخصها الحق في الاقتراع الحر، وفي الاجتماع، والحصول على كل المعلومات، وفي تكوين الأحزاب السياسية وتنظيم نشاطها وشئون تمويلها ومبادئها الخلقية، فلا تتحكم فيها أهواؤها، ولا تمايز بين لراغبين في الانضمام إليها بالنظر إلى أعراقهم أو أصلهم، أو مركزهم الاجتماعي أو توجهاتهم أو ثرواتهم، أو لغير ذلك من الأغراض غير المفهومة أو غير المنطقية.

ولم يعد الحكم الديمقراطي مجرد مفاهيم فلسفية يدعو الناس لها ويروجون للقبول بعها، وإنما صار أسلوبا عمليا للحياة العامة على تباين مستوياتها؛ كافلا إسهام المواطنين في شئونها بصورة فعلية، ودون ما عرلق تعطل حركتهم أو تقيدها، أو تمنعهم من اختيار البدائل بصورة حقيقية، أو تعزز أوجه للخلل الاجتماعي؛ أو تخل بالمساواة؛ أو بالحق في التعليم؛ أو بوجود آلية قضائية لها من استقلالها وحيثتها وفعاليتها ما يكفل سيادة القانون، وهي مدخل هام لتحقيق الديمقراطية^(١).

(١) أنظر في ذلك الإعلان العالمي للديموقراطية الذي أقره -بغير تصويت- مجلس الاتحاد البرلماني الدولي في دورته الحادية والستين بعد المائة بمدينة القاهرة في ١٦/٩/١٩٩٧.

وحقق ذلك تغييراً واضحاً في مفاهيم المراجعة القضائية، فلم تعد صورة مظهرية محدود أثرها؛ ولا خطوة متعثرة في مناهجها ووسائلها؛ ولا غير متكاملة في عناصرها، أو غير محايدة في خصائصها؛ وإن كانت هذه المراجعة وثيدة في حركتها ومتردة في صممها في الدول الشمولية والدول حديثة العهد بالاستقلال التي كان تركيزها على النظام فيها أكثر من اهتمامها بحقوق المواطنين وحرياتهم، وحرصها على فرض كلمتها أكثر من إيمانها بالخضوع للقانون، وقدرتها على حمل شعوبها على السكون والانزواء، أكبر من قدرتهم على التظاهر والاحتجاج والعصيان^(١).

بيد أن اتساع المفاهيم الديمقراطية وانتقالها عبر الحواجز الإقليمية على اختلافها في إطار حيدة المعلومات وتعددتها، واتساعها من كافة مصادرها، ونشرها من خلال وسائل الإعلام على اختلافها، أدن بأول قبضة للدولة على مواطنيها وأقام من الجماهير -ببقيتها وتماسكها وعشق وعيها- قوة لها وزنها في الدفاع عن الدستور والقانون من خلال آلية قضائية متكامل حلقاتها التي وصل لتطور الراهن بها إلى تقرير صور من المراجعة القضائية على دستورية القوانين، لا تصل جميعها إلى حد الكمال.

فمن الهيئة السياسية التي تتولى هذه المراجعة إلى الهيئة المختلط تكوينها ومن الرقابة المحدودة، إلى الرقابة الأكثر شمولاً؛ ومن الرقابة القضائية الشكلية، إلى الرقابة القضائية الحقيقية التي تطور الدستور وتغير معانيه.

وفي هذا الإطار، لم يكن إسناد عملية المراجعة القضائية على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية صرفه، عملاً مقبولاً ولا مفيداً. ذلك أن تكوينها الداخلي، وتبعيتها للجهة التي أحدثتها، يقوضان استقلالها. فضلاً عما هو مقرر من أن الدساتير غير نافذة بذاتها، ولا تكون نصها بنسب. *Neither self-enacting, nor self-executing.*

(١) تنص المادة ٣٥ من دستور ١٩٩٣ للفرنسي على أن التمرد على الحكومة التي تنتهك حقوق الشعب، يكسب واجباً على الجماهير وكذلك على كل قطاع منها. ويحظر هذا التمرد أكثر حقوق الجماهير تسمية وأهم واجباتها التي لا يجوز التفرط فيها *le plus sacré des droits, et le plus indispensable des devoirs*.

وكلمة القانون لا ينطق بها علانية، وفي حرية كاملة، غير قاض. ولا كذلك الهيئة السياسية التي تقصر رقابتها عن أن تحقق الآمال المعقودة عليها، ولو كان تشكيلها يزولج بين رجال السياسة والقانون.

ذلك أن الدستور حتى في هذه الصورة، كثيرا ما يضيق من نطاق ولايتها، وتحيطها أجواء سياسية لها موازينها التي تنقل من دورها، خاصة في الدول حديثة العهد بالاستقلال أو الدول التي كانت تتشدد - لأسباب تاريخية - في رفض كل أشكال المراجعة الدستورية للقوانين، كفرنسا^(١).

بيد أن ما يلاحظ، أن الهيئات التي تنقل المراجعة القضائية لمستورية القوانين، كثيرا ما تطور من ولايتها بما يحقق الخضوع للقانون بدرجة أكبر. ولا تقع بالتالي داخل الحدود الطبيعية لولايتها. وهو ما فعله المجلس الدستوري الفرنسي الذي تحول إلى قوة حقيقة لها شأنها داخل النظام القانوني في فرنسا

إذ كان ينظر إلى هذا المجلس في مبدأ نشأته كأداة سياسية أو كذراع للحكومة لاحتواء البرلمان. ثم صار على مراحل تطوره، هيئة قضائية حقيقية لا يعنها أكثر من أن تحقق سيادة الدستور في إطار منظومة قانونية تتوافق عناصرها ولا تتنافر.

وبدل التطور الراهن للرقابة القضائية على الدستورية، على تفضيل الهيئة القضائية المركزية على محكمة أعلى داخل محاكم القانون العام. وهو ما نراه في بعض الدول كألمانيا والنمسا وأستراليا وإيطاليا والبرتغال ومصر، مع تفاوت هذه الدول في كيفية تشكيلها لهذه الهيئة القضائية المركزية، وتحديد نطاق ولايتها سواء بتقويتها أو إضعافها.

ولا تزال الدول النامية في أكثرها نابذة للرقابة القضائية على الدستورية، معلنة عدم جدواها. بل إنها تحرص على إجهاض كل محاولة لبعثها حتى تطلق يدها في كل الشؤون.

وقد تأخذ بأشكال ضيقة لهذه الرقابة تقصرها على القوانين قبل إصدارها، وترفض بها للدعوى الأضحية بعدم الدستورية التي تخول كل مواطن الحق فيها، ولو لم يكن طرفا في نزاع قائم

(١) كان ينظر إلى المجلس الدستوري الفرنسي في السنوات الأولى لإنشائه كجهة مختلطة. ذلك أن تشكيله كان يعطيه ملامح سياسية وقانونية

تطبق فيه أمام محكمة الموضوع النصوص للقانونية التي يدعى مخالفتها للدستور. وإنما يواجه المواطن مباشرة هذه النصوص، ويجرحها، ولو كان من غير المخاطبين بها أو لم يكن قد أُسيّر من تطبيقها.

وصور التضييق هذه على اختلافها، يبررها حظر بعض الدول وتخوفها من الآثار التي تحدثها المراجعة القضائية لدستورية القوانين على العلائق القانونية التي تمسها.

وقد يتعلق للتضييق نأره بنوع القوانين محل المراجعة القضائية، وطوراً بطرائق هذه المراجعة مثلاً هو الحال فى فرنسا التى تُخرج القوانين التى تولق عليها الجماهير فى استفتاء من نطاق الرقابة القضائية. وتقبل فى حدود ضيقة مراقبة دستورية القوانين التى تعدل الدستور، وترفض -كأصل عام- فرض هذه الرقابة على القوانين بعد صدورها. وفيما يلى تفصيل لكل ما تقدم:

الفصل السابع عشر

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية

Le lois référendaires

المبحث الأول

حظر هذه الرقابة في فرنسا

٣٠٢- طرد قضاء المجلس الدستوري الفرنسي على إخراج هذه القوانين من نطاق ولايته، ولو كان موضوعها مما احتجز الدستور تنظيمه للقوانين العضوية، أو كان هذا الموضوع قد تناول مسائل لم ينص الدستور على إجراء استفتاء فيها^(١).

ويؤسس المجلس استبعاده لهذه القوانين من نطاق ولايته، على حجة حاصلها أن القوانين التي يفصل في دستورتها هي فقط تلك التي وافق البرلمان عليها من خلال الاقتراع على أحكامها، وأن ولايته -محددة على هذا النحو- لا شأن لها بالقوانين التي أقرتها الجماهير في استفتاء عام، إذ هي تعبير مباشر عن السيادة الشعبية^(٢).

وهي حجة غير مفهومة. ذلك أن نص المادة ٦١ من الدستور الفرنسي يخول هذا المجلس، الاختصاص بالفصل في دستورية القوانين العضوية وجوبا، وللقوانين العادية بصفة جوازية. ولا يستبعد بالتالي صراحة من نطاق رقابته، القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء. إلا أن المجلس أخرجها من ولايته تأميسا على أن روح الدستور تقتضي حصر هذه الولاية في القوانين التي اقترح البرلمان عليها وأقرها، وأن اختصاص المجلس كنظم لنشاط كل سلطة في الدولة، مؤداه ألا تشمل ولايته التحقق من دستورية القوانين التي تعبر بصورة مباشرة عن السيادة الشعبية^(٣).

وفي ذلك يقول المجلس^(٤):

S'il est vrai que l'article 61 de la constitution ne précise pas si les lois- organiques ou ordinaires- qui doivent ou peuvent être déferées au conseil constitutionnel, comprennent ou non les lois adoptées par référendum, il résulte de l'esprit de constitution

(١) François Luchaire, la Constitution de la Republic Française, 2e édition, Economica, PP. 1107-1109.

(٢) C.C. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R. p. 27; C.C. 92- 313 D.C. 23 sep. 1992, R.p. 94.

(٣) Decision no 78-96 D.C. du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

(٤) C. C. 25 oct. 1988. R. p. 191; C.C. 23 des. 1960 R.P. 67. C.C. 3 avril 1962, R.P. 63.

que la compétence du conseil constitutionnel est limitée à celle qui ont été votées par le parlement. Le conseil constitutionnel est un organe régulateur de l'activité des pouvoirs public, sa mission ne saurait comporter la vérification de lois qui constituent l'expression directe de la souveraineté nationale..

ثم عدل المجلس بعد ذلك عن الإشارة لروح الدستور كمسند لعدم اشتغال ولايته على الفصل في دستورية القوانين الاستثنائية، وصار يكتفى بإخراجها من اختصاصه تأسيساً على أنها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية.

٣٠٣- وفيما يتعلق بعملية الاستفتاء في ذاتها، ليس ثمة مراجعة قضائية في فرنسا لمرسوم دعوة الناخبين إلى الاستفتاء، ولا لقرار رفض اللجوء إلى الاستفتاء، ولا للأعمال المسابقة على الاستفتاء، والتي لا يزيد دور المجلس الدستوري الفرنسي بشأنها عن مجرد إيداء وجهة نظره حين يؤخذ رأيه فيها.

ولكن المجلس يستعيد سلطته القضائية بعد تمام الاستفتاء *A posteriori* إذا قدم طعن إليه في نتيجته أو في الطريقة التي تم بها^(١). Le déroulement des operations referendaire .

والأصل أن تحيل الحكومة إلى المجلس مشروع المرسوم الخاص بتنظيم عملية الاستفتاء، وأن ترفق به كذلك نص مشروع القانون الذي سي طرح على هيئة الناخبين لاستفتاءها فيه. وفي هذه المرحلة، لا يباشر المجلس غير سلطة استشارية يفصح بها عن رأيه فيما إذا كان التنظيم الخاص بعملية الاستفتاء، وكذلك مشروع القانون المرفق به، موافقين للدستور.

فيذا أبان عن مخالفتهما أو أحدهما للدستور، فلن إصرار الحكومة على المضي في الاستفتاء، يدعوه إلى أن يخطرأ بأنه لن يراقبه أو يعلن نتيجته. وهو ما يمثل رادعاً نفسياً للسلطة المخالفة بتصرفاتها للدستور. وعليه أن ينقل كذلك خطابه في ذلك إلى الرأي العام، وأن يبصره بكل خلل في العملية الاستثنائية حتى لا تقدم السلطة عليها أو تقربها^(٢). وعلى الأخص إزاء ما تنص عليه المادة ٦٠ من الدستور الفرنسي من اختصاص المجلس الدستوري لفرنسا بالنظر في قانونية ودستورية العملية الاستثنائية وإعلان نتائجها.

(١) Decision no 78-96 D.C. du 27 Juil. Rec 1978, O.P.29.

(٢) François Luchaire, Commentaire à l'article 60 de la constitution. "La constitution de la République Française, 2e édition, Economica, pp. 1107- 1109.

٣٠٤- ويتعين بالتالى التمييز بين مراحل ثلاث فى العملية الاستفتاءية:

أولاهـا: مرحلة ما قبل الاستفتاء. وتتحصر سلطة المجلس بشأنها فى مجرد إيداء آراء استشارية فى شأن مطبقة أو مخالفة التنظيم الخاص بها للدستور.

ثانيتهما: مرحلة جريان الاستفتاء. وهذه يراقبها المجلس ويبسط إشرافه عليها عن طريق مفوضين يتم اختيارهم بالاتفاق مع الحكومة، من بين أعضاء السلطة القضائية.

وثالثتها: مرحلة ما بعد الاستفتاء، وفيها يفصل المجلس بصفة نهائية فى الطعون التى تقدم بشأنها ويعلن نتائجها. فإذا تبين له عدم انتظامها، فلما أن يبقى عليها، أو يبطالها كلية أو بصفة جزئية.

ولا يجوز بالتالى أن يفصل المجلس فى قرار أو إجراء تم فى المرحلة التحضيرية لعملية الاستفتاء *Mesure Préparatoire*، وهو ما يراه بعض الفقهاء محل نظر^(١).

ذلك أن الطعون الموجهة إلى نتيجة الاستفتاء والتى يختص المجلس بالفصل فيها، قد يكون سببها اختلال الاستفتاء فى مراحل التحضيرية.

وإذا كان المجلس لا يفصل فى غير الطعون التى تقدم إليه بمعد تمام الاستفتاء، إلا أن الطعون التى تؤسس على الخلل فى الأعمال التحضيرية السابقة على إجراء الاستفتاء، تتوسط كذلك بدورن عملية الاستفتاء *Le déroulement des opérations référendaires* وتأثيرها فى نتائجها التى يختص المجلس بإعلانها^(٢).

(١) Francois Luchaire, Op. Cit. pp. 1108 - 1109.

(٢) يقول Lauchaire فى ص ١١٠٨ من المرجع السابق بأنه حتى مع التسليم بوجهة نظر المجلس الدستورى فى شأن عدم جواز خضوع للقوانين الاستفتاءية لرقبته، فإن القوانين التى تخرج عن مجال هذه الرقابة هى التى تتعلق بصور الاستفتاء التى حددها الدستور.

المطلب الأول

الرفوضون للفصل في دستورية القوانين الإستثنائية

٣٠٥- وتثير القوانين التي قبلتها الجماهير في استفتاء عام، مشكلة بالغة الأهمية تتعلق بما إذا كان رفض الفصل في دستورها، يعتبر مقبولا وفق أحكام الدستور، إذ تنقسم الآراء في ذلك إلى اتجاهين متعارضين.

يقرر أولهما: أن قضاء الشرعية الدستورية لا يراقبون إلا القوانين التي تقرها السلطة التشريعية. ولا شأن لهم بالتالي بالقوانين التي تم الاقتراع عليها في استفتاء عام، والتي تعتبر -بالنظر إلى حقيقتها- تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية^(١).

les lois que la constitution à entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adopté par le peuple français à la suite d'un referendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

ويؤيدون رأيهم بالقول بأن المراجعة القضائية للقوانين، غايتها أصلاً مواجهة أعمال السلطة التشريعية، ومراقبة التنفيذ الأمين لعملية تقسيم السلطة من خلال توزيعها فيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين لا تباشران ولاية تلتقيانها من نفسيهما، وإنما بتقويض مباشر من الدستور والجماهير. ومن ثم يصير ملائماً مراقبة هاتين السلطتين لضمان تقيدهما بالحدود التي فرضها الدستور على اختصاص كل منهما، ولردع انحرافهما فيما إذا جاوزتا إرادة الجماهير، وأغفلتا احترامها.

ولا كذلك القوانين التي تقرع الجماهير مباشرة عليها، وتعتبر بها عن إرادتها دون وسيط. خاصة وأن إخضاع القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية التي تمثل بطريق غير مباشر إرادة الجماهير، للرقابة على الدستورية، لازال أمراً مختلفاً عليه. فإذا تقرر سحب هذه الرقابة إلى الأعمال التشريعية التي تقرها الجماهير مباشرة بنفسها؛ كان ذلك أكثر إثارة للجدل، لاسيما وأن السيادة الوطنية في الدول الديمقراطية، تقتضي أن تفرض الجماهير إرادتها على الكلفة.

(١) C.C.61 - 20.D.C., 6 nov. 1962,R.p.27., C.C. 92 -313 D.C., 23 sep. 1992, R.p.94

المطلب الثاني

المؤيدون للرقابة القضائية على القوانين الاستثنائية

٣٠٦- يقول هؤلاء بأن عدم خضوع القوانين الاستثنائية، للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية محل نظر من النواحي الآتية:

أولاً: تطبيقه للمعايير الشكلية على الموضوعية. ذلك أن القانون، سواء صدر بموافقة مباشرة من الجماهير أو من السلطة التشريعية التي تمثلهم بطريق غير مباشر، فإن القانون يتمحض عن قواعد عامة مجردة. ولا شأن لخصائص هذه القواعد أو طبيعتها، بطريقة إقرارها *Leur mode d'adoption*.

ثانياً: ليس من المنطقي للتمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وبين قوانين أقرتها السلطة التشريعية التي أُنشأتها الجماهير عنها في التعبير عن إرادتها. ذلك أن مناط هذا التمييز، هو المغايرة بين قوانين تكون تعبيراً مباشراً عن إرادة الجماهير، وقوانين هي في حقيقتها تعبير غير مباشر عن إرادتها.

ثالثاً: أن التمييز بين قوانين أقرتها الجماهير، وأخرى أقرتها السلطة التشريعية، مؤداه تقرير نوع من التدرج في طرائق مباشرة السيادة الوطنية، لتكون بعض هذه الطرائق أعلى شأنًا من غيرها. وهو ما تنفيه المادة ٣ من الدستور الفرنسي التي تقضي بأن السيادة الوطنية تملكها الجماهير، وأنها تباشرها عن طريق ممثليها أو من خلال الاستفتاء^(١). بما مؤداه تكافؤ هاتين الطريقتين من طرق مباشرة السيادة الوطنية، وتعاملهما في الدرجة^(٢).

رابعاً: كذلك فإن القول بأن القوانين التي تقرها الجماهير في استفتاء عام من الندره يمكن، بحيث لا يؤثر عدم إخضاعها للرقابة على الدستورية، في جوهر هذه الرقابة التي تواجه القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية جميعها في عموم تطبيقاتها؛ مردود بأن الرقابة على الشرعية الدستورية مناطها حقيقة المسائل التي تتناولها. ولا شأن لقلتها أو كثرتها بالحدود التي ينبغي أن

(١) La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.

(٢) Dominique Rousseau. Droit du Contentieux constitutionnel 3e édition. P. 177.

تمتد إليها هذه الرقابة وفق صحيح أحكام الدستور، خاصة وأن الاستفتاء لا ينحصر بطبيعته فسى مسائل بذواتها، بل يجوز أن يقع على كل موضوع، ولو أقرته الجماهير بالمخالفة للدستور.

خامسا: أن الأصل في القوانين الاستثنائية، أنها تعبير مباشر عن السيادة الشعبية. فإذا لم نجز الطعن عليها بوصفها كذلك، وأجزنا الطعن في القوانين البرلمانية التي تعدلها^(١)، لصار من حق البرلمان - وهو لا يباشر السيادة الشعبية إلا بطريق غير مباشر - أن ينقض التعبير المباشر لهيئة الناخبين عن هذه السيادة من خلال استفتاء عام تحدد به هيئة الناخبين. في كافة مواقعها، مصير المسائل التي تناولها.

سادسا: أن المراجعة القضائية لم تعد تتوخى مجرد ضمان تقيد كل سلطة بالضوابط التي حدد بها الدستور ولايتها؛ ولكنها تنصرف كذلك إلى صون حقوق المواطنين وحرياتهم التي قد تخل بها القوانين التي ووفق عليها بالاستفتاء، إذا لديهم عوار هذه القوانين على هيئة الناخبين.

سابعا: أن المواطنين لا يوافقون على قانون ما في استفتاء عام، إلا بافتراض ضمان هذا القانون لحقوقهم ولحرياتهم. فإذا أخل بها، تعين أن تكون المراجعة القضائية طريق تقويم هذا العوار.

ثامنا: أن رئيس الجمهورية قد يعرض على الجماهير مباشرة نصوص قانون يقدر أن جهة الرقابة على الدستورية قد تبطلها لمخالفتها الدستور. فلا يكون طرحها على المواطنين لاستفتاءهم فيها، إلا بقصد إسباغ حصانة عليها تحول دون تجريحها بوصفها التعبير المباشر عن السيادة الوطنية التي لا تجوز مناقشتها.

تاسعا: أن التمييز بين القوانين البرلمانية والقوانين الاستثنائية لإخضاع أولاهما دون ثانيتهما للرقابة القضائية على الدستورية، موداه أن يصير الاستفتاء طريقا سهلا للعملية التشريعية Liberté de légiférer وهو كذلك تحييد لقضاء جهة الرقابة على الدستورية Neutraliser la Jurisprudence Constitutionnelle عن طريق إخراج القوانين الاستثنائية من محيط ولايتها.

عاشرا: أن اللجوء إلى الاستفتاء يفترض أن يكون طريقا استثنائيا. فإذا أكثر رئيس الجمهورية من اللجوء إلى هذا الطريق تقليدا للرقابة على الدستورية، دل ذلك على توجهه لإفراغ

(١) C.C. 89- 265 D.C.. 9 Janv. 1990, R.P.12.

الرقابة القضائية على الدستورية من محتواها، خاصة إذا كان القانون الموافق عليه في الاستفتاء، مخالفاً للدستور مخالفة مباشرة، كما لو أعاد عتوب الإعدام التي حظر الدستور فرضها أو نقل مدعية مرافق عامة إلى القطاع الخاص^(١) أو عطل حق المرأة في إجهاض حملها بالمخالفة للدستور^(٢) La suppression de l' interruption volontaire de grossesse.

المطلب الثالث

موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من القوانين الاستثنائية

٣٠٧- تقرر المحكمة أن الدستور إذ خول رئيس الجمهورية أن يمرض في استفتاء عام، ما براه ملائمة من المناهضة، فإن هذا الترخيص لا يجوز أن يتخذ ذريعة للإخلال بأحكام الدستور. كذلك فإن موافقة الجماهير على قانون طرح عليها في الاستفتاء، لا يرقى بالنصوص التي تضمنها إلى مرتبة نصوص الدستور ذاتها ولا يمنحها قوتها. بل تظل في صحيح تكييفها في ذات مرتبة القانون الذي احتواها، وإلا جاز للقوانين التي أقرتها الجماهير، أن تعدل أحكام الدستور ذاتها بغير اتباع القواعد الإجرائية التي تتطلبها الدستور لتحديد أحكامه.

ومن ثم تظل القوانين الاستثنائية دون الدستور في درجتها، وتعامل كغيرها من القوانين التي تتجدد معها في مدارجها في مجال خضوعها للرقابة على الشرعية الدستورية^(٣).

وميزة هذا الاتجاه ضمان سيادة الدستور لتسلط أحكامه على القوانين جميعها سواء في ذلك ما كان منها تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية؛ أو تعبيراً غير مباشر عنها. خاصة وأن الاستفتاء رخصة استثنائية لرئيس الجمهورية، وهو يتقيد في مباشرتها بالحدود التي نص عليها الدستور، فلا يجوز أن يكون موضوعها مناقياً لأحكامه، ولا التترع بها لإسقاط نصوص الدستور ذاتها، وإلا كان ذلك تحديلاً لها.

فضلاً عن أن إخضاع القوانين التي أقرتها الجماهير مباشرة للرقابة على الدستورية، يضيّق من مباشرة رئيس الجمهورية لهذه الرخصة الاستثنائية، فلا يلجأ إليها في غير ضرورة تقتضيها.

(١) C.C. 86- 207 D.C., 25- 26 Juiv, 1986, R.P. 61.

(٢) راجع في الحجج المنقمة جميعها من ١٧٨- ١٧٩ مؤلف درميك روسو السابق الإشارة إليه.

(٣) تمسورية عليا - القضية رقم ١٣٩ و ١٤٠ لسنة ٥ قضائية تمسورية - جلسة ٢١ يونيو ١٩٨٦ - قاعدة رقم ٥٠ ص ٣٣٦ من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها.

الفصل الثامن عشر

الرقابة القضائية على القوانين المعدلة للدستور

Le lois constitutionnelles

٣٠٨- تعنى الدساتير بأن تحدد في صلبها الهيئة التي توليها مهمة تعديل أحكامها. فلا يختص سواها بإجراء التعديل، سواء كان اقتراح التعديل بمبادرة من رئيس الجمهورية، أم من قبل عدد معين من أعضاء الهيئة التي اختصتها بإجراء التعديل.

وينفذ التعديل بمجرد إقراره من الهيئة التي تتولاه وفقاً للدستور؛ وبالأغلبية الخاصة التي حددها، ووفق الإجراءات التي بينها والتي تنسم عادة بتعدد حلقاتها وتشابكها وصرامتها؛ وذلك سواء كانت الهيئة التي تتولى هذه المهمة بتفويض من الدستور، ذات تكوين خاص، أم كانت هي السلطة التشريعية ذاتها التي تقر التعديل بالأغلبية الخاصة لكل من مجلسيها، أو باجتماعهما معاً في شكل مؤتمر.

وهو ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ التي تنص بما يأتي:

>«يتم طلب تعديل الدستور إما بمبادرة من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح رئيس مجلس الوزراء؛ وإما من أعضاء البرلمان. ويعرض مشروع أو اقتراح التعديل على كل من مجلسي البرلمان للاقتراع عليه بصيغة واحدة (١) En termes identiques. ويكون التعديل نهائياً بعد الموافقة عليه في الاستفتاء.

ومع ذلك لا يعرض مشروع للتعديل للاستفتاء إذا قرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان منعقداً في شكل مؤتمر. وفي هذه الحالة يتعين أن يحصل مشروع للتعديل على ثلاثة أخصاص أصوات المقتربين. ويتخذ المؤتمر من الجمعية الوطنية مكتباً له.

(١) أنظر تعليق Daniel Gaxie على نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي، وذلك في ص ١٣٢٦ حتى ١٣٤٠.

من الطبعة الثانية من مؤلف عوفاء La constitution de la Republic française, Economica.

ولا يجوز اتخاذ إجراء لتعديل الدستور أو المضي فيه إذا أخل بتكامل الإقليم ويحظر كذلك أن يكون موضوع التعديل لشكل الجمهورى للحكومة^(١).

وسواء كان التعديل نافذا بمجرد إقراره من الهيئة التى لخصصها الدستور بإجرائه، أم كان نفاذه معلقا على استفتاء، وسواء يادر رئيس الجمهورية إلى اقتراح التعديل؛ أم قدم الاقتراح من عدد معين من أعضاء السلطة التشريعية، وسواء تم التعديل بموافقة كل من مجلسيها، أم كان إقراره عن طريق مؤتمر يجمعهما، فحقن فى كل هذه الأحوال أمام قانون صدر بتعديل الدستور، ولا يجوز بالتالى أن يتعلق بغير المسائل التى تدرجها الإستاتير عادة فى صلبها كنظام الحكم فى الدولة بما فى ذلك كيفية توزيعها لسلطاتها بين مؤسساتها، ونطاق حقوق مواطنيها وحرياتهم. وجميعها قواعد دستورية لا يجوز تغييرها إلا بتعديل الدستور.

وينبغى أن يلاحظ أن قوانين تعديل الدستور -ربغض النظر عن موضوعها- هى قوانين بمعنى الكلمة، وإن كان إقرارها يقتضى الدخول فى إجراءات معقدة متعددة المراحل تعيينها السلطة التأسيسية. وهى السلطة الأصلية التى انبثق الدستور عنها، وكان من خلقها ابتداءً من constituents d'origine.

٣٠٩- وليس ثمة إجماع على خضوع قوانين تعديل الدستور للمراجعة للقضائية. ذلك أن الفقهاء ينقسمون فى ذلك إلى أكثر من اتجاه:

(١) وفيما يلى نص المادة ٨٩ من الدستور القرمى فى لغتها الأصلية:

L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du premier ministre et aux membres du parlement.

Le projet ou la proposition de revision doit être voté par les deux assemblées en termes identiques. La revision est définitive apres avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de revision n'est pas présenté au referendum lorsque le président de la République décide de la soumettre au parlement convoqué en Congres; dans ce cas, le projet de revision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congres est celui de l'Assemblée Nationale.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porte atteinte a l'intégrité du territoire.

La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une revision.

الاتجاه الأول

لا يجوز إخضاع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

أن قوانين تعديل الدستور لا يجوز إخضاعها للمراجعة القضائية، وذلك بالنظر إلى موضوعها، وعلى ضوء طبيعة تكوين الهيئة التي أقرتها، والتي تنقل التفويض مباشرة من السلطة التأسيسية التي صدر الدستور عنها. وعلى الأخص كلما كان عرض هذه القوانين في استفتاء عام، شرطاً لمبرأتها. إذ يعتبر قبول الجماهير لها في الاستفتاء، تعبيراً مباشراً عن إرادتها التي لا يجوز لأحد أن يراجعها فيها. فضلاً عن أن إخضاع قوانين تعديل الدستور للمراجعة القضائية -ولو لم يجر استفتاء عام عليها- هو تنقيح للسلطة التي أقرتها في حركتها التي تخولها أن تعدل كل مادة في الدستور، وذلك باستثناء مولده التي حددتها السلطة التأسيسية حصراً، كإجراء تعديل في الدستور يخل بوحدة الدولة، أو بتكامل إقليمها، أو بنظامها الجمهوري^(١).

الاتجاه الثاني

خضوع قوانين تعديل الدستور للرقابة القضائية

أن القوانين التي تعدل الدستور هي من الناحية الشكلية قوانين بمعنى الكلمة لقرع عليها أعضاء السلطة التشريعية. ولا يغير من تكييفها أن تكون هذه السلطة قد اعتمدتها بأغلبية خاصة؛ ولا عرضها على الجماهير في استفتاء؛ ولا إقرارها حتى عن طريق مؤتمر يضم مجلسي البرلمان. ذلك أن هذا المؤتمر لا يزيد أن يكون جمعية برلمانية يجوز إخضاع اللوائح التي تنظم عملها للمراجعة القضائية^(٢).

وإذا جاز القول بأن السلطة التي تقرر التعديل، هي في حقيقتها اشتقاق من السلطة التي خرج الدستور أصلاً من رحمها، إلا أن هذا الاشتقاق Constituant dérivé لا يدمجها في السلطة

(١) تنص الفقرتان الأخيرتان من المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن تكامل إقليم الدولة والشكل الجمهوري لنظامها لا يجوز أن يتأق بغيرها.

Aucune procédure de revision ne peut être engagée ou poursuivie lorsque il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une revision.

(٢) يراجع المجلس الدستوري الفرنسي اللوائح التي تنظم عمل المجلسين التشريعيين المنعقدتين في شكل مؤتمر C.C., 63- 24 D.C., 20 dec. 1963, R.p. 16.

الأصلية التي صدر الدستور ابتداء عنها، ولا يعطها من جملتها. ذلك أن السلطة الأصلية *Constituant originaire*، هي تلك التي خولتها الجماعير تصميم دستور يكون ملبياً مطالبتها بما يعيد تنظيم الدولة وفق أسس مختلفة عن تلك التي كان معمولاً بها من قبل.

ولا كذلك سلطة تعديل الدستور. ذلك أن تخويل السلطة الأصلية جهة غيرها حق إجراء هذا التعديل، لا يساويها في مرتبتها. وإنما هي سلطة تابعة للسلطة الأصلية التي تحدد لها إطار حركتها وضوابط عملها من خلال قواعد شكلية وموضوعية تلزمها باتباعها. فلا تملك تحريفها أو الخروج عليها ولا تدور إلا في فلكها. فضلاً عن أن الهيئة التي تعدل الدستور، هي فسي حقيقة تكييفها القانوني سلطة عامة تضبط إيقاعها جهة الرقابة القضائية على الدستورية لضمان تقيدها بالحدود التي فرضها الدستور في شأن الشروط والأوضاع التي تطلبها لتعديل أحكامه. شأنها في ذلك شأن كل سلطة غيرها، ناطق الدستور بها مباشرة اختصاص معين^(١).

الاتجاه الثالث

حظر التعديل الشامل لنصوص رقم الدستور

أن كل تعديل للدستور يتمين أن يكون جزئياً، فلا يحيط بنصوص الدستور جميعها، ولا يغير من القيم الجوهرية التي يقوم عليها، ولا من الهياكل الرئيسية لتنظيم الدولة، ولا يحيط الأغراض النهائية التي يتوخاها. فإذا خرج قانون تعديل للدستور عن حدوده المنطقية تلك، خضع للمراجعة القضائية؛

الاتجاه الرابع

تخدام الفواصل بين التعديل الجزئي والتعديل الشامل للدستور

أن التمييز بين تعديل جزئي للدستور، وبين تأسيس من جديد لأحكامه، وإن كان منطقياً ومفهوماً، إلا أن الفواصل بين هاتين العمليتين تنق كثيراً في العمل.

(١) وصف المجلس الدستوري الفرنسي نفسه بأنه أداة تنظيم أوجه نشاط سلطات الدولة

L'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics
Ç.C. 61 - 20 D.C., 6 nov. 1962, R.p. 27.

فضلا عن أن التعديل ولو كان جزئيا، قد يخل بتوازن كان ملحوظا وقت إقرار الدستور، كإلغاء سلطة رئيس الجمهورية في حل البرلمان، أو إسقاط مبدأ المسؤولية الوزارية. فإلى أي حد يعتبر التعديل المقترح واقعا في حدود متطلباته وأغراضه المنطقية، أو مجاوزا لها...؟!^(١)

كذلك فإن من المفترض في التعديل، أن يتناول تغييرا مطلوبيا، أي كان موقع هذا التغيير من النصوص التي يشملها، أو درجة أهميتها.

ولا يجوز بالتالي إيراد قيد على مضمون التغيير، إلا إذا تأتى القيد من نصوص الدستور ذاتها، كما لو حظر الدستور تعديل مواد بذاتها فيه كذلك التي تتعلق بالديمقراطية أو العلمانية أو باستقلال السلطة القضائية.

وفيما عدا دائرة النصوص التي حظر الدستور صراحة تعديلها، فإن أفاق التعديل لا يجوز تقييدها، وإلا قصر عن أن يكون كائلا للجماعة مصالحها في أشكالها المتغيرة^(٢).

وما يقال من أن للسماتير جميعها قيما ومبادئ دستورية لا يجوز تعديلها، كذلك التي تتعلق بالسيادة الوطنية، وبوحدة الدولة وتكامل إقليمها؛ مردود كذلك بأن هذه القيم والمبادئ ذاتها يجوز أن تعدلها السلطة الأصلية التي كان لها فضل إيجاد الدستور، وبعثه إلى الحياة.

فإذا لم تفرض هذه السلطة على الجهة التي اختصتها بتعديل الدستور، قيودا في شأن نطاق التعديل؛ فإن اختصاص هذه الجهة في إجراءاته يكون كاملا، خاصة ولأنها سلطة ذات سيادة. وسيادتها هذه تخولها إلغاء ما نراه من أحكام الدستور، أو تعديلها، أو تكملتها، ولو اختلف التوازن الذي كان يكفل من قبل تماسكها.

وهي بذلك لا تعتبر سلطة عامة تلترزم بالزول على الدستور بما يحول دون خروجها على قواعده. ولكنها سلطة إبداعية تقيم نصوصا جديدة كبديل عن نصوص قائمة؛ وتحوّر من مضمون النصوص القديمة في بعض جوانبها؛ أو تسد الفراغ فيها. وهي تتمتع في ذلك بسلطة تقديرية لا تقيدها في مباشرتها أية قاعدة لها قيمة دستورية^(٣).

(١) C.C. 93- 312, 2 Sept. 1992, R.p. 79.

(٢) C.C. 81 - 132 D. C., 16 janv. 1982. R. p. 18.

وليس ثمة ما يمنعها بالتالي من الخروج - صراحة أو ضمنا - على قيم أو مبادئ قام الدستور عليها، أو كان لها قيمة دستورية. وذلك مؤداه أن اختصاص الجهة التي ناط الدستور بها تعديل أحكامه، لا يخلوها قط إخلال تعديل جزئي عليها، بل إحداث أحكام جديدة تضيفها إلى الدستور. بل إن سلطتها في الإضافة تتقدم سلطتها في التعديل المحدود، أو على الأقل تساويها. ويتعين دائما في كل تعديل للدستور - إضافة لأحكامه أو تغييرا لها على وجه آخر - أن تقتصر الجهة القضائية رقابتها على السلطة التي ناط الدستور بها تعديل أحكامه، فيما قيدها الدستور به في مجال مباشرتها لهذا الاختصاص^(١) وليس لها بالتالي أن تتدخل في عملها لتقييم الحدود التي أوثقتها لهذا التعديل.

الاتجاه الخامس

قوانين تعديل الدستور لها شرائطها التي لا يجوز أن ينحصر التعديل منها

ولما كانت آراء المؤيدين أو المعارضين للرقابة القضائية على قوانين تعديل الدستور، فإن ما أراء صوابا هو أن كل تعديل مشروط ابتداء بالتقيد بالتواعد التي فرضها الدستور لإجراء التعديل، سواء في ذلك ما كان منها من طبيعة شكلية، كاستيفاد المراحل التي حددها الدستور لإجراء التعديل، ولن يتم بالأغلبية الخاصة التي اشترطها، وعلى ضوء نتيجة الاستفتاء إذا كان مطلوبها كشرط لنفاذه^(٢)؛ أو ما كان من هذه القيود من طبيعة موضوعية كما لو حظر للدستور تغيير الشكل الجمهوري لنظام الحكم، أو النزول عن جزء من إقليم الدولة أو الدخول في أحلاف أجنبية

(١) انظر عرض بعض الآراء المؤيدة أو المعارضة للقوانين المحلة للدستور

Dimitri Georges Iavroff, le droit constitutionnel de la ve République, 2e édition, pp. 178-180.

(٢) وفقا للنص للمادة ١٨٩ من دستور جمهورية مصر العربية يتم تعديل الدستور من خلال مراحل متعددة تلي كل منها المرحلة التي سبقتها. إذ يناقش مجلس الشعب أولا مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه سواء تعلق الأمر بتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، وسواء كان طلب التعديل مقاما من رئيس الجمهورية أو موقعا عليه من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل، فإذا رفض الطلب، فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض.

وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتاءه في شأنه، ويعتبر نافذا من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء بقبوله.

لأغراض لا صلة لها بحفظ السلم الدولي، أو الإخلال بقواعد القانون الدولي التي لا يجوز نقضها Jus Cogens أو تقرير حقوق المواطنين تكون لكل في مستوياتها مما هو مقرر منها في الدول الديمقراطية، أو الإخلال بحقوق بنواتها نص عليها حصراً، أو تغيير أوضاع حرص على إبقائها كنظام توارث العرش في بعض الدول^(١) أو كالتطبيق الديمقراطية لنظام الحكم بها، أو كوحدة الدولة وتكامل إقليمها، ذلك أن هذه القيود بنوعها من عمل السلطة التأسيسية؛ فلا يجوز أن تخرج عليها الهيئة التي فرضتها هذه السلطة في إجراء التعديل.

ومشروط ثانياً بأن يكون التعديل خطوة أكبر وأعمق في اتجاه توكيد حقوق المواطنين وحرياتهم. فإذا انتقض التعديل على ما هو قائم منها بدلا من ضمانها بصورة أفضل؛ كان ذلك نكولا من الجهة التي اختصها الدستور بتعديل أحكامه، عن الحدود المنطقية للتفويض الصادر لها من السلطة التأسيسية التي كان الدستور محصلة جهدها في إرساء قواعده.

ولا يجوز بالتالي أن يخل التعديل بالسيادة الوطنية، ولا يكون الجنسية شرط للمواطنة؛ ولا بوحدة الدولة وتكامل أجزائها؛ ولا أن يكفل لأقلية وطنية حقوقاً أقل من التي كفلها لباقي المواطنين؛ ولا أن يكون منها حقوقاً رئيسية ترتبط بالقيم الإنسانية التي لا يجوز التفريط فيها، خاصة ما يكون في وجوده سبق من الدولة ذاتها^(٢)، ومن ذلك الحق في التعددية التي تمثلها الفطرة الإنسانية، وحرية الخلق والإبداع في العلوم والفنون على اختلافها لتسخيرها من أجل الرقي الإنساني، وحرية التعبير عن الآراء التي نبغضها، والحق في مقاومة الاستبداد.

وهذا المعنى هو ما تؤكد بعض الدساتير الأجنبية كنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية التي تحظر تعديل المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون. وجميعها تتصل بكرامة الإنسان وصون حرمة حياته الخاصة، وحقه في التنقل والاجتماع والتعبير عن رأيه ونشره، وغير ذلك من حقوق الأساسية التي لا تتسم بما يجعل النزول عنها أو تقليم الحق فيها، مستصفا، وبما يكفل بالتالي ترابطها وانماجها في وحدة عضوية تجمعها،

(١) انظر في ذلك دستور ١٩٢٣ الذي كان معمولاً به في مصر.

(٢) يصف البعض هذه المبادئ بأنها فوق الدستور فلا يجوز المساس بها *Principes supra-constitutionnels* وهي فكرة رفضها المجلس الدستوري الفرنسي. C.C. 93- 312, 2 Sep.1992, R.p. 76.

لتكون جميعها واقعة في إطار منظومة واحدة لا تتفرق في أغراضها النهائية، ولا يناقض بعضها البعض في مضمونه.

ومشروط ثالثاً: بأن يكون التعديل جريئاً. ذلك أن السلطة التي ناط بها الدستور تعديل أحكامه، لا تعتبر سلطة بديلة عن السلطة التي أحدثتها.

ولا يجوز -ومن ثم- أن يكون تعديلها للدستور انقلاباً على أحكامه جميعها، تفسير منها بالطريقة التي تراها، وكأنها تضع للدولة دستوراً جديداً *Modifier la Constitution, n'est pas changer de constitution*، خاصة وأن التعديل -في طبيعته- يفترض تقويم اعوجاج في أجزاء محدودة من الدستور، وتلافياً مع احتياجات المواطنين.

ولا يجوز بالتالي أن يتمحض التعديل عن إلغاء الدستور. بل يتعين إذا لم يعد الدستور ملبياً لمصالح المواطنين، أن تقوم بوضع الدستور الجديد سلطة تأسيسية جديدة تنتظر بنفسها فيما تراه أحفظ لحقوقهم وأصون لحرياتهم.

وهذا المعنى مستفاد ضمناً من لفظة الأولى من المادة ١٨٩ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية التي تقول كلا من رئيس الجمهورية وعدد معين من أعضاء السلطة التشريعية طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، لا إيدل الدستور القائم بدستور جديد.

وفي إطار هذه القيود، تباشر كل من السلطة التي تعدل الدستور من ولايتها؛ وتراقبها الجهة القضائية في كفية مباشرتها لهذه الولاية.

فلا تكون أولاهما معصومة من الرقابة القضائية، إلا بقدر مباشرتها لولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، وفي إطار الضوابط المنطقية لممارستها.

ولا تكون ثالثتهما ممنوعة من مراقبة عمل أولاهما، كلما قام اختصاصها في تقييم هذا العمل على متطلباته الدستورية الشكلية منها والموضوعية، وكذلك على موجباته المنطقية، خاصة وأن إطلاق السلطة التي تعدل الدستور، من كوابحها، مژداه انفلاتها.

ومشروط رابعاً: بأن القوانين التي تصدر مادة أو أكثر في الدستور، les lois constitutionnelles لا تعتبر قوانين مفسرة للدستور. ذلك أن تفسير النصوص القائمة لا يعني تعديلها أو الإضافة إليها، بل مجرد تجلية غموض شالها من جراء صياغتها بطريقة معينة Eclaircir sa signification cachée par une réduction insuffisamment claire. فإذا عدل قانون من أحكام الدستور من خلال التفرع بتفسيرها، بطل هذا القانون.

فضلاً عن أن القانون المفسر لا يجوز أن يتعلق بغير قانون من درجته، وليس بالدستور الأعلى مرتبة من القانون.

ولا كذلك قوانين مراجعة الدستور، لأنها تستحيض عن مادة أو أكثر فيه بغيرها، وتمنح النصوص الجديدة قوة نصوص للدستور ذاتها^(١).

ومشروط خامساً: بأن الشروط الموضوعية التي تحيط بها السلطة التأسيسية تعديل الدستور، تقتضى من الجهة القائمة على الرقابة الدستورية، أن تسبر أغوارها. فإذا حظر الدستور تعديل النظام الديمقراطي للحكم، تعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تستظهر ما إذا كان التعديل حتى مع تقيده بأحد أشكال الديمقراطية، قد ناقض خصائصها التي تقتض أصلاً تقسيم السلطة وتوزيعها وتداولها بطريق الاقتراع، وضمان استقلال السلطة القضائية، ومساواة المواطنين وتضامنهم^(٢).

ومشروط سادساً: بأن تعديل الدستور يفترض أن تكون الهيئة التي تتولى التعديل متحررة من كافة الضغوط التي تعطل أو تقيد حريتها في التقدير والتقرير. ولا كذلك أن يكون جزء من إقليمها محتلاً أو واقعاً في قبضة بعض المتمردين عليها.

ومشروط سابعاً: ألا يكون التعديل قد أدخل على نصوص الدستور تناقضاً يستحيل أن يتحقق به التوافق بين أجزائها.

(١) Decisions of the Constitutional Court of Romania ; DECISION No19 on February, 14 1995 ; Published in the Official Gazette of Romania",no39, from February,23,1995
() عكس ذلك Daniel Gaxie ص ١٢٢٩ من تطبيقه على نص المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي المنشور في المؤلف السابق الإشارة إليه وعنوانه دستور الجمهورية الفرنسية - الطبعة الثانية Economica ويؤيد المجلس الدستوري الفرنسي حصوع القوانين التي تعدل الدستور للرقابة إذا لم تنتهزم السلطة التي أجرت التعديل بالشروط التي فرضها الدستور عليها C.C. 93- 312 D.C. 2 sep. 1992, R.p. 76.

الفصل التاسع عشر

أبعاد الرقابة القضائية على دستورية القوانين

٣١٠- تنبسط المراجعة القضائية في شأن دستورية القانون، على كل قاعدة قانونية سواء أقرتها الحكومة الفيدرالية، أو ولايتها، أو مقاطعاتها، أم أقرتها في الدولة البسيطة حكومتها المركزية، أو سلطاتها المحلية؛ وسواء تم إخراج هذه القواعد القانونية في قانون أو لائحة أو فهي معاهدة دولية.

وقد كانت الرقابة السابقة على صدور القانون، قائمة في أستراليا، ثم تقرر إلغاؤها عام ١٩٨٥. ولم يبق من الدول الأوروبية التي تطبقها غير فرنسا والبرتغال. بل إن البرتغال تأخذ بصورتين للرقابة هما الرقابة السابقة واللاحقة. أما في النمسا، فإن دور الرقابة القضائية السابقة محدود الأهمية، إذ يقتصر على عملية توزيع الاختصاص بين الاتحاد والوحدات الأعضاء فيه. ولا توجد هذه الرقابة في سويسرا، ولا في غيرها من الدول الأوروبية عدا تلك التي أشرنا إليها.

وللرقابة القضائية السابقة على صدور القانون شأنها في ذلك شأن الرقابة اللاحقة على العمل به، ضوابطها. ذلك أن هاتين الرقابتين لا تختلفان عن بعضهما، إلا في زمن إجراء كل منهما. ولكنهما تتناولان معا قانونا أقره البرلمان بعد أن حدد المسائل التي ينظمها، والوسائل إلى تحقيق الأغراض التي يبتغيها من تنظيمها. وعلى هذين الأمرين معا تنبسط الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية لتعلقها بموضوع القانون، والوسائل التي تحقق أغراضه.

فالأصل في التعددية، وفي حرية العقيدة، أنهما حريتان مطلقتان. فإذا قيدهما قانون، فإن موضوع القانون يكون مخالفا للدستور^(١).

وحتى إذا كان موضوع القانون مما يجوز تنظيمه تشريعيا وفقا للدستور -وهي للصورة الغالبة- فإن النصوص القانونية التي أقرها لتنظيم هذا الموضوع قد لا تكون ملائمة في تقدير جهة الرقابة القضائية على الدستورية التي تغاير موازينها في التقويم، اجتهد السلطة التشريعية

(١) لا يقتصر مفهوم التعددية على التعددية الحزبية، ولكنها مفهوم شامل يتناول التعددية التي تقوم على تباين الآراء، والتعددية في طرق التفسير على اختلافها فنيا وأدبيا أو علميا أو إبداعيا أو مهنيا. وهي في حقيقتها أساس المجتمع المدني، ونقطة الأسس في نظمه الديموقراطية.

المنتخبة، والتي يقال عادة بأنها أكثر شرعية من جهة الرقابة، لأنها تعبر بصورة أدق فيما تقره من القوانين عن السيادة الشعبية. ولها بالتالي حق اختيار موضوع القانون، وكذلك انتهاج ما تراه من الوسائل لتنظيمه. وهو قول باطل يتخذ صورة الحق. ذلك أن السيادة الشعبية لا تناهض الدستور، ولكنها تفرض فمن ممارستها الخضوع لأحكامه.

وليس للسلطة التشريعية بالتالي حصانة تطيحها فوق الدستور، أو تخولها مجاوزة حدوده، سواء أطلق الدستور ولايتها بما يخولها حق تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم وشؤونهم جميعاً، أم حصر ولايتها في مسائل بذواتها، واحتج ما عداها للسلطة التنفيذية تشريع فيها من خلال نواتجها، مثلاً هو الحال في فرنسا^(١).

ولئن جاز القول بأن الولاية المفتوحة للسلطة التشريعية هي الأصل، وأنها تخولها تنظيم كافة المسائل أياً كان موضوعها، كصون الأمن العام وتنظيم المرافق لضمان تسييرها أو تطويرها، ومعاينة الجناة، وكفالة استقلال السلطة القضائية، وضمان تنوع الآراء بغض النظر عن حواجزها ومصدر تلقيها؛ وكان للسلطة التشريعية بالتالي حق تنظيم كل حق أو حرية أياً كان مضمونها؛ إلا أن النصوص القانونية التي تقرها في شأن كل موضوع تتولاه بالتنظيم، تعتبر مجرد وسائل حددتها لتحقيق أغراض بذواتها. ذلك أن هذه الوسائل إما أن تكون مدخلا لصون حقوق المواطنين وحرياتهم؛ أو موطئاً للإخلال بها ويمكن فيها بالتالي احتمال نقض الحقوق التي كفلها الدستور.

(١) تحدد المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي المسائل التي ينظمها القانون، وحصرتها في المسائل التي عينتها والتي يدرج تحتها تقرير القواعد المنظمة للحقوق المدنية والضمائم الأساسية المكفولة للمواطنين من أجل مباشرة حرياتهم العامة. ولحق في العمل والتنظيم النقابي والضمائم الاجتماعي والقوانين المالية التي تحدد موارد الدولة وأعباءها وفق الشروط التي يصدر بها قانون عضوي، فضلاً عن تأسيس المشروعات ونقل ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، والضمائم الأساسية المكفولة لموظفي الدول المدنيين والعسكريين وكذلك قواعد التجريم والعقاب والحواف وإنشاء نظم قضائية جديدة ونظم قضائية بالإضافة إلى الجدسية وحالة الأشخاص وأطفيهم وضمهم المالية وتوارثهم، والنظم الانتخابية البرلمانية والمحلية وتنظيم الدفاع المدني، ونظم تملكية والحقوق مع والائتمالت المدنية والتجارية. وتنص المادة ٣٧ من ٠ ذا الدستور، على أن المسائل التي لا تدخل في المجال المحجوز للقانون، تعتبر من طبيعة لائحية.

ومن ثم يتعين أن ترثها الهيئة القضائية بالقسط للتحقق من توافق صلة منطقية بين هذه الوسائل وغاياتها، وإلا تعين إبطال النصوص المفوضية إليها. فلا يكون هذا الإبطال تحكيميا.^(١)

ومن ثم ينحل تقييم هذه الوسائل إلى عملية ذهنية لا تماثل تلك التي تجريها السلطة التشريعية في مجال مفاضلتها بين البدائل التي تتزاحم على الموضوع الواحد.

ذلك أن الهيئة القضائية لا تحل نفسها محل المشرع سواء في مجال اختيار بديل دون آخر، أو تفضيل بديل على غيرم. ولكنها تنتظر فيما إذا كان هذا الاختيار والترجيح كافلا عقلا لتحقيق الأغراض التي توخاها المشرع من التنظيم.

وهي بذلك تستبعض مسئوليته في اختيار أكثر الوسائل ملائمة لتحقيق هذه الأغراض في إطار نصوص الدستور. بل إنها قد تكون في حيثياتها ما تراه مضمونا صحيحا لهذه الوسائل^(٢).

ومهمتها في ذلك شائكة بلا نزاع، وتثير صعبا لا يستهان بهاء، لعل أضحها خطرا اتهامها بأنها تشرع لنفسها، وأنها تقوض السلطة التقديرية التي يملكها المشرع، وأنها تقوض وصايتها على الشؤون التي ينفرد بهاء، وأن من المفترض في السلطة التشريعية سعيها لضمان المصلحة العامة في كافة مظاهرها، ومن أوجهها المختلفة^(٣).

ولا يجوز بالتالي أن تراجعها الهيئة القضائية في مناهج تحققها؛ ولا أن تقوم نفسها محلها فيما تراه أكثل لإشباعها؛ ولا أن تكون سلطتها في تقييم النصوص القانونية المطعون عليها موازية لاختصاص السلطة التشريعية في اختيارها لها، والتي تقدر على ضوئها الوسائل التي تراها أكثر صونا لحقوق مواطنيها وحرياتهم^(٤).

وأيا كان شأن المخاطر التي تجابه الهيئة القضائية في هذه المنطقة الوعرة، فإن نظرها في الوسائل التي اختارها المشرع -هي النصوص القانونية التي أقرها لتنظيم موضوع معين- وتقييمها ملائمة للجوء إليها لتحقيق الأغراض التي يتوخاها هذا التنظيم، يظل أصلا مبدئيا على الجدل. ذلك أن تقييمها لهذه الوسائل لا يتوخى إيداعها بغيرها، وإنما فقط تقرير مجاوزتها

(١) C. C. 93 - 326 - D. C., 11 aout 1993, R.p. 217.

(٢) C.C. 83 - 162 D.C., 19 - 20 juil. 1983, R.p. 49.

(٣) C.C. 74 - 51 D.C., 15 janvier 1975, R.p. 19.

الأغراض المقصودة منها. وليس للمشروع بالتالي أن يتنزع بالسلطة التقديرية التي يملكها لتقرير ما يراه من النصوص القانونية كافيا لتحقيق المصلحة المبتغاة من التنظيم التشريعي الذي أقره؛ ولا أن يبرر خطأه في تقدير الوسائل الملائمة، بغموض نصوص الدستور التي يتصل بها هذا التنظيم؛ ولا بصعوبة إدراكه لجوانبها بالنظر إلى دقة المسائل التي تناولها المشروع على ضوء طبيعتها الاقتصادية أو الاجتماعية أو المالية أو الانتخابية المعقدة. ذلك أن الدستور لا يأذن بفسير الوسائل الأقل تقييدا للحرية، والأكثر ضمانا للحقوق. ولا تقلل الهيئة القضائية شيئا غير إنفاذ حكم الدستور حتى لا يكون اختبار المشروع للوسائل التي اصطفاه، قائما على الأهواء أو قرين التحكم.

المبحث الأول

صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا

المطلب الأول

الرقابة القضائية المحدودة السابقة على صدور القانون

٣١١- الصورة المتلى للرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها، هي التي نص عليها دستور فرنسا لعام ١٩٥٨، ومن ثم نعرض لها بشيء من التفصيل، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا تزال محدودة في نتائجها بالنظر إلى أن ما يستعد من نطقها، أكثر مما يدخل فسي محيطها. وهي بذلك ولاية غير مفتوحة، ولا عريضة رولفدها، ولا يلج الأفراد أبوابها. ولهذه الرقابة فسي. فرنسا صورا متعددة نعالجها تباعا على النحو الآتي:

الفرع الأول

الرقابة القضائية السابقة والجزئية على القوانين العضوية

٣١٢- تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي على أن القوانين التي يطلع عليها الدستور صفة القوانين العضوية، هي التي يتم الاقتراع عليها وتعديلها وفقا لأحكام هذه المادة. ومن ثم لا تعتبر القوانين العضوية كذلك بالنظر إلى خصائص معينة تنفرد بها وإنما يتحدد صفتها هذه بناء على نص في الدستور. ويتوخى هذه القوانين التي ظهر مصطلحها لأول مرة في دستور ١٨٤٨، أن تفصل المعائل التي حددتها^(١).

وتحظى القوانين العضوية بأهمية كبيرة منذ العمل بدستور ١٩٥٨، وذلك من النواحي الآتي

بياناتها:

(١) تحيل المادة ٦٣ من الدستور إلى قانون عضوي لبيان القواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري، وكيفية مباشرته لوظيفته، والإجراءات التي تتبع لملحه خاصة ما يتعلق منها بتحديد مواعيد الطعن. وعصلا بنص المادة ٦٥ من الدستور يرأس رئيس الجمهورية المجلس الأعلى للقضاء ويكون وزير العدل نائباً له. ويشكل هذا المجلس -فضلا عما تقدم- من تسعة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية وفق الشروط التي يصدر بها قانون عضوي. وتنص المادة ٦٧ من الدستور على أن يصدر قانون عضوي بتشكيل محكمة العدل العليا، وتحديد قواعده مباشرتها لوظيفتها، والإجراءات التي تتبع لملامها.

أولاً: أن الاقتراع عليها وتعديلها لا يجوز إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها في المادة ٤٦ من دستور ١٩٥٨.

ثانياً: أن نطاق عمل القوانين العضوية يحدده في مسائل محددة عهد إليها الدستور بها. وليس لها بالتالي أن تنظم ما عداها إلا بوصفها مجرد قوانين عادية^(١).

كذلك لا يجوز للقوانين العادية أن تخل باختصاص تتولاه القوانين العضوية وفقاً للدستور^(٢).
ثالثاً: لا يجوز إصدار القوانين العضوية قبل أن يظن المجلس الدستوري مطابقتها للدستور. وهو ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٤٦، والفقرة الأولى من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي التي تقضي أولاً بأولهما بأن القوانين التي يعتبرها الدستور قوانين عضوية، لا يجوز إصدارها قبل أن يؤكد المجلس دستوريتهما^(٣)؛ وتنص ثانيتهما على أن القوانين العضوية قبل إصدارها، واللوائح البرلمانية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ قبل تطبيقها، يتعين عرضها على المجلس كي يفصل في تطبيقها أو تعارضها مع الدستور.

ومن ثم تكون الرقابة على دستورية القوانين العضوية، رقابة وجوبية لا تقتصر على ما يكون من بينها مظهرنا مخالفة للدستور؛ ولكنها تشمل القوانين للعضوية جميعها، ومع ملاحظة أن هذه الرقابة لا يحركها إلا رئيس مجلس الوزراء بوصفه السلطة المختصة بمعرض القوانين العضوية على المجلس الدستوري في الوقت الذي يراه.

غير أن سلطته في اختيار وقت عرضها مقيدة من جهتين:

أولاهما: أن من القوانين العضوية ما يحدد المهلة التي يتقيد بها رئيس مجلس الوزراء في شأن عرض هذه القوانين على جهة الرقابة.

ثانيتهما: أن القوانين العضوية التي لا تعرض على هذه الجهة، يستحيل إصدارها وتطبيقها.

(١) C.C. Decision no 75 – 62 D C du 28 janvier 1876.

(٢) C.C. decision no 84 – 177 DC du 30 août 1984.

(٣) Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu' après déclaration par le conseil constitutionnel de leur conformité à la constitution.

وعلى المجلس الدستوري أن يفصل في دستوريته نصوص القوانين العضوية جميعها، وذلك بعد التحقق من استيفاء الأوضاع الإجرائية التي يطلبها الدستور في مجال إعدادها، ومن بينها.

أولاً: أن المشروع أو الاقتراح الخاص بها، لا يجوز أن يناقش من قبل الجمعية التي يعرض عليها أولاً، ولا أن تقرر عليه قبل انقضاء ١٥ يوماً من وقت إيداع هذا المشروع أو الاقتراح.

ثانياً: إذا لم يتم الاتفاق بين مجلسي البرلمان حول مشروع القانون أو الاقتراح، فإن إقرار الجمعية الوطنية لهذا المشروع أو الاقتراح في قراءتها الأخيرة لأيهما، يتعين أن يكون بالأغلبية المطلقة لأعضائها.^(١)

ثالثاً: يتعين الاقتراح على القوانين العضوية الصادرة في شأن مجلس الشيوخ، بالصيغة ذاتها في كل من مجلسي البرلمان.

رابعاً: لا يجوز أن تنظم القوانين العضوية، غير المسائل التي اقتصصها الدستور بها.

إذاً تبين للمجلس الدستوري أن قانوناً عادياً نظم شأننا من الشؤون التي تنفرد بها القوانين العضوية وفقاً للدستور، قضى بعدم دستورية هذا القانون^(٢).

ولا كذلك أن تنظم القوانين العضوية مسائل لا تدخل في اختصاصها، أو تتناول في بعض جوانبها تقرير نصوص قانونية في منطقة تنظمها القوانين العادية.

ذلك أن المجلس لا يقضي في هذه الحالة بعدم دستورية نصوص القوانين العضوية فيما جاوزت فيه الحدود التي رسمها الدستور لها، ولكنه يحيد ترتيبها وتصنيفها كي يدمجها في إطار القوانين العادية أو العضوية، وفق للنطاق الذي حدده الدستور لكل منها^(٣).

(١) C.C. 70- 40 D.C., 9 juillet, 1970, R.p. 25

(٢) C.C. 86 -217 D.C., 18 sep. 1986, R.p. 141

(٣) C.C. 75- 63 D.C., 28 janv. 1976. R.p. 141

الفروع الثاني

الرقابة القضائية السابقة والاختيارية على القوانين العادية قبل إصدارها

٣١٣- وفيما يتعلق بالقوانين العادية قبل إصدارها، فإن، الفصل في دستوريتهما يتسم وفقا للفقرة الثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، وذلك بإحالتها إلى المجلس الدستوري من رئيس الجمهورية، أو من رئيس مجلس الوزراء، أو من رئيس للجمعية الوطنية، أو من رئيس مجلس الشيوخ.

وقد لوحظ أنه فيما عدا رئيس مجلس الشيوخ، فإن كلا من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية، لا مصلحة لهم في الطعن بعدم دستورية قانون هم صانعوه، أو أسهموا فيه بشكل أو بآخر.

ومن ثم ظل طريق الطعن في القوانين العادية شبه مغلق، إلى أن عدل دستور ١٩٥٨ في ٢٩ أكتوبر ١٩٧٤ بما يخول ستين نائبا أو ستين شيخا، الحق في الطعن بعدم دستورية هذه القوانين أمام المجلس^(١).

وهو ما كفل للمعارضة فرصة المنازعة في تلك القوانين، سواء من جهة متطلباتها الشكلية أو من جهة محتواها^(٢).

ولا يقبل المجلس هذه الطعون البرلمانية، إلا بعد الاستئذان من عدد الأعضاء الموقعين عليها وصحة توقيعاتهم. فإن كان الموقعون على الطعن كل من ستين نائبا أو ستين شيخا، أو كان الموقعون ستين عضوا برلمانيا نصفهم من الجمعية الوطنية، ويقايمهم من مجلس الشيوخ؛ فإن الطعن المقدم منهم لا يكون مقبولا. ولا يجوز بالتالي أن تطلع السلطة القضائية ولا الأفراد في دستورية القوانين العادية قبل إصدارها، ما لم يعدل الدستور ليكفل لهم هذا الحق.

(١)، (٢) يلاحظ أن تخويل ستين نائبا أو ستين شيخا حق الطعن بعدم دستورية قانون قبل إصداره قد تقرر بعد أن خاض رئيس الجمهورية جيسكار ديستان انتخابات صعبة. فلذلك أن يتقدم للمعارضة بمبادرة طيبة تخولها الوسائل الدستورية التي تنازع بها في السبل التشريعية للحكومة. فضلا عن تأكيد ضرورة ضمان حقوق المواطنين وحررياتهم بطريقة أفضل حتى لا تتحكم فيها الأغلبية البرلمانية.

ولأن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا -سواء في صورتها الاختيارية التي يكون موضوعها قانونا عاديا أم في صورتها الوجوبية التي تتعلق بالقوانين العضوية- هي رقابة سابقة على العمل بالقانون، فإن منطها، هو القانون قبل إصداره^(١).

وذلك سمة يتميز بها النظام الفرنسي الذي ينظر إلى الرقابة على دستورية القوانين من جهة التركيز على طبيعتها الوقائية التي تحول دون إصدار قوانين مخالفة للدستور.

وهو ما يجعل فرصة الطعن في القوانين العادية قصيرة للغاية. ذلك أن ميعاد الطعن فيها لا يجوز إلا خلال الفترة الزمنية الواقعة بين إقرار القانون بصفة نهائية، وقبل أن يصدره رئيس الجمهورية خلال الفترة التي حدتها المادة العاشرة من الدستور، ولقضاها ١٥ يوما^(٢) بما يخول رئيس الجمهورية أن يجهض كل طعن يتعلق بدستورية القانون، إذا أصدره مباشرة بعد موافقة البرلمان نهائيا على أحكامه.

ولكن الذي يقع عملا هو أن يعطي رئيس الجمهورية للأعضاء من الجهات التي خولها الدستور حق الطعن بعدم دستورية القانون، فسحة من الوقت تباشر فيها هذا الحق، خاصة إذا أفصح نواوه أو بعضهم، عن رغبتهم في مخاصمة القانون بعد إقراره.

وما يقترحه البعض من ضرورة أن يفرض المجلس رقابته -لا على القوانين بعد إقرارها- بل على مشروعاتها قبل مناقشتها برلمانيا، حتى يحسم هذا المجلس سلفا المسائل الدستورية المنصلة بها، كي تركز السلطة التشريعية جهدها على النواحي الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لتشريعاتها ولا تهدد وقتها في بحث مشكلاتها الدستورية؛ مردود بأن الرقابة القضائية السابقة، لا تتعلق بنبر القوانين التي ألغتها السلطة التشريعية بصورة نهائية. ولا كذلك مشروعاتها التي لا تزال تناقشها وتجبل بصرها فيها لأنها قد ترفضها، فلا يكون لها من وجود. وقد عدلها بما يغير من الصورة التي كانت عليها وقت تقديمها. فلذا رقبها المجلس قبل أن تتخذ السلطة التشريعية قرارا نهائيا فيها، فإنه يكون قد تدخل في سلطة التقرير التي تملكها، وأخل بالتوازن بين نصوص

(١) تتعلق الرقابة الوجوبية للمجلس الدستوري الفرنسي بالقوانين العضوية التي سنود إلى شرحها.

(٢) تنص المادة العاشرة من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن يصدر رئيس الجمهورية القوانين خلال خمسة عشر يوما التالية لإحالة القانون إلى الحكومة بعد الموافقة النهائية للبرلمان عليه.

مشروع القانون، ورنيتها بالطريقة التي يراها، وكأنه ينظم أفكار السلطة التشريعية ويبسط سيطرته عليها.

كذلك فإن من المفترض في كل مشروع قانون -وعلا بنص المادة ٣٩ من الدستور الفرنسي- أن يناقش بمجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة فيه^(١) والبرلمان وحده هو المختص بتقرير ما يراه في هذا المشروع قبولا أو رفضا أو تعديلا. ولا تجل سلطة مسواه في ذلك.

والرقابة السابقة التي يبشرها المجلس في شأن القوانين العادية قبل إصدارها، يكفي لتحريرها أن يقدم الطعن من إحدى الجهات التي حددتها الفقرة الثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي، وأن يفرغ طلبها في كتاب موجه إلى رئيس المجلس الدستوري.

فإذا كان الطعن مقدما من ستين نائبا أو من ستين شيخا، فليس شرطاً أن يقدم هؤلاء أو أولئك طلبا واحدا بالطعن يوقعون جميعهم عليه Conjointement بل يجوز أن يتقدموا به منفردين Individuellement على أن تتعلق طعونهم الفردية بذات القانون^(٢). فإذا تم الطلب من أحد الأفراد كان غير مقبول^(٣).

كذلك ليس شرطاً أن يبين الطعن أسبابه بصورة تفصيلية؛ ولا أن يكون معززاً بدعائها القانونية، وأن دل العمل على أن الذين يقدمون طعونهم إلى المجلس، يسهون عادة في شرحها، وفي بيان حججها، والأسس التي تقوم عليها، ويفصلون بالتالي أوجه عوارها واحدا بعد الآخر حتى يحيطوا بها. وقد حرضهم على ذلك أن طعونهم هذه تنشر في الجريدة الرسمية وكان عليهم بالتالي التنازل على جديتهم فيها من خلال عرضها بطريقة مفصلة تتكامل بها براهينها^(٤).

(١) وأولى من الاقتراح الذي يدعو المجلس الدستوري الفرنسي إلى النظر في مشروع القانون قبل أن يناقشه البرلمان لتحديد حكم الدستور في شأن المسائل الدستورية التي يثيرها هذا المشروع، أن يأخذ هذا المجلس بلقابة قلاحة متلما هو الحال في كثير من الدول.

(٢) Decision no. 59-1, D. C. du 14-mai 1959, Rec., 1958-59 p. 57.

(٣) Decision no. 76-69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.

(٤) في خطاب من رئيس مجلس الشيوخ إلى رئيس المجلس الدستوري يطعن فيه على قانون يمن حرية تكوين الجمعيات، اكتفى رئيس مجلس الشيوخ بالقول بأنه يعرض هذا القانون على المجلس للفصل في دستوريته.

وأيا كان الشكل الذي ترغب فيه الطعون، فإن المجلس لا يلتزم بالرد على كل وجه من أوجه العوار التي نميها الطاعون إلى النصوص التي يدعون مخالفتها للدستور.

وإذ، كذلك أن يقيم قراره بطلانها، على غير الدعائم التي تمسك الطاعون بها، وإن يفصل في دستورية نصوص قانونية غير التي طرحوها، سواء كان هذا الفصل داعما لوجهة نظر الطاعنين، أو منتهيا إلى ما يناقضها.

وفي كل حال، يحدد المجلس -بصفة مبدئية- مضمون القانون في جملة أحكامه، كسي يفصل على ضوء هذا المضمون، في صحة للنصوص المطعون عليها أو بطلانها.

المبحث الثاني

خصائص الرقابة القضائية السابقة على القوانين في فرنسا

٣١٤- ومواء كانت الرقابة التي يباشرها المجلس في شأن القوانين قبل إصدارها، وجوبية أو جوازية، فإنها تنقسم بالخصائص الآتية:

أولاً: أن محلها كل قانون لقره البرلمان بصفة نهائية ولم يصدر بعد^(١).

Non encore promulguée, mais définitivement adopté par le parlement.

فلا يفصل المجلس في دستورية نصوص قانونه لم يقرها البرلمان بمجلسيه بالصيغة ذاتها، ولو كان موضوع القانون على أكبر قدر من الأهمية، كالقوانين المالية، وقوانين التصديق على المعاهدة الدولية.^(٢) فإذا كان الاقتراع على أحدهما أو كليهما لم يتم، أو كان الطعن قد تعلق بنصوص قانونية حذفها البرلمان، كان للطعن غير مقبول.

فإذا صدر القانون، فلا يجوز الفصل في دستوريته بطريق الدفع الفرعي^(٣) Pare voie d' exception، ولا تقديم آراء استشارية في شأن هذا القانون للجهة التي تطالبها^(٤).

ثانياً: لا يستنهض الفصل في دستورية القوانين المنصوص عليها في الفترتين الأولى والثانية من المادة ٦١ من الدستور الفرنسي وهي القوانين العضوية والقوانين العادية- النظر في مطابقتها أو مخالفتها لمعاهدة دولية دخلت فرنسا فيها.

ثالثاً: وتظل الرقابة القضائية المعمول بها في فرنسا رقابة سابقة Apriori ووقائية Preventif فلا تتعلق بغير القوانين التي لم تصدر أيا كان موضوعها^(٥).

(١) Decision no. 76- 69 D.C. du 8 nov. 1976, Rec., 1976, P. 37.

(٢) Decision no. 89- 268 D.C., du 29 dec. 1989, R.p., 110.

(٣) Decision no. 78- 96 D.C. du 27 juil. 1978, Rec., 1978, P. 28.

(٤) Decision no. 80- 113 D.C. du 14 mai. 1980, Rec., 1980, P. 61.

(٥) C.C. 78- 76, D.C., juil 1978, R.P. 29.

ولا يفصل المجلس بالتالى سواء بطريق مباشر أو غير مباشر - فى دستورية قانون بعد صدوره. إلا أن ذلك المجلس أصدر قراراً فى ١٩٨٥/١/٢٥ عدل به عن موقفه السابق بصورة جزئية، وفى الحدود التى نص عليها هذا القرار.

فقد أقام المجلس بمقتضى ذلك القرار صلة من نوع ما بين القوانين التى يدخل نظير دستوريتهما فى ولايته - وهى القوانين التى لم تصدر بعد - وبين القوانين التى لا يختص بالفصل فى دستوريتهما، وهى القوانين المعمول بها. وتتحقق هذه الصلة، كلما كان القانون الذى لم يصدر بعد، قد عدل من أحكام قانون قائم أو اكملها أو غير من نطاق تطبيقها، ولم يقتصر على مجرد تنفيذها، وفى هذه الحدود يباشر المجلس رقابته على القانون القائم المعمول به^(١).

وفى ذلك يقول المجلس:

Si la régularité au regard de la constitution d' une loi déjà promulguée peut être utilement contestée à l' occasion de l' examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectuent son domaine, il ne saurait en être de même lorsque il s'agit de simple mise en application d' une telle loi.

وبذلك ينظر المجلس فى دستورية قانون معمول به، إذا أحال إليه قانون لم يصدر بعد يتولى المجلس الفصل فى دستوريته؛ بشرط أن يكون هذا القانون معدلاً أو مكملاً أو مؤثراً فى مجال تطبيق القانون الأول، ولا يقتصر على مجرد تنفيذه^(٢).

وقد انتقد أحد الفقهاء عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذه" قائلاً بأن القانون المعمول به قد يخل بضمانة دستورية تحصل بحقوق المواطنين وحرياتهم. فإذا أنفذ أحكامه قانون مطعون فيه لم يصدر بعد، فلم لا تدخل هذه الصورة كذلك فى نطاق الرقابة التى يفرضها المجلس على القوانين القائم^(٣).

(١) C.C. 85- 187 D.C., 25 janu 1985, R.p. 43.

(٢) François Luchaire, la protection constitutionnelle des droits et des libertés, Economica 1987, p. 61.

يقول هذا الفقيه، وعضو المجلس الدستوري السابق، أن هذه الأحوال الثلاث التى تنطبق بتحويل قانون لم يصدر بعد لقانون قائم، أو تكملته لهذا القانون، أو تأثيره فى مجال تطبيقه، لا تضيق من نطاق المبدأ الجديد لأنها تسمح لأغلب الصور التى يمكن أن تقع فى العمل.

(٣) Dominique Rousseau, Droit de contentieux constitutionnel, 4 e édition, p. 189.

وأيا كان الأمر، فإن البين من قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في ٢٥ يوليو ١٩٨٩ أن المجلس أسقط من حيثياته عبارة "ولا يقتصر على مجرد تنفيذ" ١١٠.

فهل تعدد المجلس إسقاطها لتشمل رقابته للقوانين المعمول بها التي يطبقها Appliquer، أو يحددها Modifier، أو يكملها Compléter أو يؤثر في نطاق مبرراتها Affecter le domaine قانون لم يصدر بعد يفصل المجلس في دستوريته ١١٠ أم أن إسقاطها كان سهواً ١١١؟

أن ما أراه صواباً في ذلك، هو أن المحاكم جميعها، قد تعدل عن مبدأ سابق لها بطريقة هادئة، وهو ما اعتقد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد قصد إليه.

رابعاً: أن اختصاص المجلس بمراقبة دستورية القوانين العضوية والعادية قبل إقرارها، كفل تأكيد السيادة البرلمانية التي لا يجوز إغاؤها من الخضوع للدستور.

وقد كان نص المادة ٦١ المشار إليها، ثمرة تطور تاريخي عميق الجذور، تمثل في حرص رجال الثورة على رفض تدخل المحاكم في القوانين التي تعارض تطبيقاتها حتى لا تمرق أعمال الثورة أو إصلاحاتها، فحفظوا عليها نظر دستورية القوانين^(١) وكان القضاء الذين يعارضون القانون، يعتبرون مثبطين بجريمة الخدر^(٢).

وقد رفض القضاء الفرنسيون -على نقيض زملائهم الأمريكيين- الفصل في دستورية القوانين، ولينتهج في ذلك محكمة النقض نفسها، على تقدير أن البرلمان لا يعبر إلا عن السيادة الشعبية التي لا تجوز مناقشتها، وأن ذلك هو ما تنص عليه المادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن^(٣).

(١) انظر في ذلك المادة ٣ من دستور ١٩٩١/٩/٣، والمادة ٢٠٣ من دستور الجمهورية الثالثة.

(٢) دعا الدكتور سمير تاناغو في هجومه على المحكمة الدستورية العليا، إلى محاكمة قضااتها بجريمة الخدر التي تنوّر أركانها في نظره بسبب إطلالهم بعض قوانين السلطة التشريعية المخالفة للدستور ١١٠.

(٣) توجد استثناءات قليلة على قضاء محكمة النقض الفرنسية، من بينها قضاء الدائرة الجنائية بمحكمة النقض في ٣/١٥ و ١٨٥١/١١/٧١.

بيد أن هذه النصوص الحائلة دون تدخل القضاء في أعمال السلطة التشريعية، لم تمنعهم من مراقبة السلطة التنفيذية في قراراتها للتحقق من مشروعيتها. كذلك لم يكن امتناعهم عن تطبيق القانون المناقض للدستور، غير أعمال لوظيفة القضاء التي تسلك القواعد القانونية في مدارج مختلفة، يأتي الدستور في قمته.

خامساً: أن القوانين العضوية وللوائح البرلمانية هما في ذلك لوائح مجلس البرلمان مبنية في شكل مؤتمر - تعتبر بقوة الدستور، مطروحة على المجلس للنظر في دستورتها^(١). ولكن المجلس لا يتدخل في القوانين العادية إلا من خلال طعن يقدم إليه بشأنها.

ولم يكن تخويل حق الطعن في هذه القوانين لستين نائباً أو ستين شيخاً مقراً أصلاً في دستور ١٩٥٨ وقت صدوره، ثم عدل هذا الدستور في ١٩٧٤/١٠/٢٩ ليكفل لهم هذا الحق بقصد تقوية المعارضة البرلمانية، وتوكيد حقها على الاعتراض على القوانين العادية التي يقرها البرلمان بالمخالفة للدستور^(٢).

سادساً: أن نص المادة ٦١ من الدستور لا يخول للمجلس سلطة تقدير وتقرير مسائل تلك التي يحوزها البرلمان. ولكنها تخوله فقط أن ينظر في دستورية القوانين التي تحال إليه وهو ما قرره في ١٥ يناير ١٩٧٥ قاتلاً:

L'article 61 de la constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du parlement, mais lui donne seulement compétence pour ce prononcer sur la conformité à la constitution des lois déferées à son examen.

سابعاً: لا تشمل الرقابة القضائية للمجلس، الأوامر المنصوص عليها في المادة ٣٨ من الدستور التي تجيز فقرتها الأولى للحكومة - ومن أجل تنفيذ برامجها - أن تطلب من البرلمان الترخيص لها بأن تصدر أوامر تتخذ بها - خلال مدة محددة - تدبير تدخل طبيعتها في منطقة القانون. وتتضمن فقرتها الثانية على أن تصدر هذه الأوامر في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس

(١) قضى المجلس الدستوري الفرنسي ببطان لائحة برلمانية قررت المسؤولية الوزارية في غير الحدود التي

نص عليها الدستور، لنظر في ذلك قراره في ٢ يونيو ١٩٧٩.

(٢) يختر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس البرلمان بالاطن المقدم

في القوانين العادية، وذلك حتى يتمكنوا من التدخل في الخصومة الدستورية.

الدولة، وتتخذ اعتباراً من تاريخ نشرها. وتزول قوتها إذا لم يودع بالبرلمان مشروع قانون التصديق عليها قبل انتهاء مدة التفويض Avant la date fixée par la loi d'habilitation.

وعلا بفقرتها الثالثة لا يجوز بعد انتهاء مدة التفويض المشار إليها بالفقرة الأولى من هذه المادة تعديل هذه الأوامر -في مجالها التشريعية- بغير قانون^(١).

وتعليقاً على نص المادة يقول François Luchaire^(٢) بأن الترخيص بإصدار الأوامر وفقاً لحكمها، لا يجوز أن يتم بمبادرة من البرلمان. بل يتعين أن تطلبه الحكومة في شكل مشروع قانون بالتفويض يودع من قبلها في البرلمان.

وتظل هذه الأوامر -رأى ما قبل التصديق عليها من البرلمان- عملاً حكومياً، متخذاً شكل قراراتها الإدارية التي يجوز الطعن عليها أمام مجلس الدولة بمجازة السلطة ولا تتغير طبيعتها هذه بمجرد إيداع قانون التصديق عليها بالبرلمان. ذلك أن هذا الإيداع وإن احتفظ لتلك الأوامر بقوة نفاذها، إلا أن شكلها اللاتحي يظل قائماً Un acte de forme réglementaire.

فإذا ما صدق البرلمان عليها -صرلحة أو ضمناً- فإن هذه الأوامر تصبح عملاً تشريعياً، Acte législative، فلا يجوز الطعن عليها منذ هذا التصديق بمجازة السلطة^(٣).

ذلك أن تلك الأوامر وإن اعتبرت نافذة بمجرد نشرها وطوال فترة سريان القانون المرخص بها، إلا أن مناهل استمرار تطبيقها بعد انقضاء فترة التفويض، هو أن يصدر قانون بالتصديق عليها. ويكفي مجرد إيداع مشروع قانون التصديق عليها في البرلمان قبل انتهاء مدة التفويض حتى تحتفظ هذه الأوامر بقوتها.

وقد لا يتدخل البرلمان على الإطلاق لإقرار قانون التصديق، وعلى الأخص إذا لم تكن الحكومة راعية في أن يناقش البرلمان الأوامر التي أصدرتها بالنظر إلى سوء وقعها على مواطنيها.

(١) C.C. 85- 196 D.C., 8 août 1985. R.P. 63.

(٢) Luchaire, commentaire à l'article 38 de la constitution, in, la constitution de la République Française, 2 édition. Economica, p.p. 795- 799.

(٣) C.E. 19 dec., 1969, R.P. 593.

وتتلاقيا لتتراضى البرلمان في إقرار قانون التصديق -وهو محل الرقابة القضائية الدستورية- قرر المجلس الدستوري الفرنسي، أن التصديق على هذه الأوامر يعتبر قد تم، ولو كان البرلمان قد أقر قانون التصديق بطريقة ضمنية عبر بها بوضوح عن إرادة التصديق على تلك الأوامر، كما لو عدل البرلمان بعض المواد التي صدر بها الأمر، إذ يفقد هذا التعديل قبوله ببقائها، والتصديق حتماً عليها بالتالي. وفي ذلك يقول المجلس^(١):

La ratification peut resulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le parlement

وعلى ضوء ما تقدم لا يباشر المجلس الدستوري رقابة إلا على قانون التصديق على الأوامر المشار إليها.

فإذا لم يصدر هذا القانون -ولو ضمناً- فلا شأن لرقابته بتلك الأوامر.

أما إذا صدر ذلك القانون، وكان مخالفاً للدستور، فإن إبطال قانون التصديق، ينال من الأوامر المصادق عليها، ويجعلها في حكم الأوامر التي لم يلحقها تصديق برلماني، ليدخل إبطالها في اختصاص مجلس الدولة بوصفها عملاً إدارياً^(٢).

(١) C.C. 86- 224 D.C., 23 janv. 1987, R.P. 8.

(٢) Lauchaire, Commentaire à l'article 61 la constitution, in la constitution de la Republic Française, Economica, 2 édition, p. 1117.

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على دستورية اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها

٣١٥- كانت هذه الرقابة اختيارية في مشروع دستور ١٩٥٨. ثم صار أمر الفصل في دستوريته قبل تطبيقها -وعلى ضوء الصيغة النهائية للدستور- وجوبيا.

بيد أن خضوعها للرقابة القضائية الجبرية قبل تطبيقها، لا يعنى مباشرة هذه الرقابة في شأنها بصفة تلقائية، ذلك أن تحريكها لا يكون إلا من خلال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ اللذين فوضهما الدستور في ذلك الاختصاص، فلا يترخصان إلا في اختبار وقت عرضها للمراجعة القضائية، وإن كان تأخرهما في عرضها مؤداه بالضرورة تأخر تطبيقها. ذلك أن اللوائح البرلمانية -على ما تنص عليه المادة ٦١ من الدستور- لا يجوز تطبيقها قبل الفصل في دستوريته.

وفي تطبيق نص المادة ٦١ المشار إليها، يقصد باللوائح البرلمانية تلك التي تصدر عن كل من الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ في نطاق التنظيم الداخلي لشئونهما، كالقواعد التي يقرانها في شأن كيفية إدارة الحوار في جلساتها، وحقوق أعضائها في مجال توجيه الأسئلة إلى الوزراء واستجوابهم ومساءلتهم، وغير ذلك من شئون الأعضاء كتابيهم. ولا يدخل في نطاق اللوائح البرلمانية، الضوابط التوجيهية التي لا تظهر فيها، والتي يقصد بها مجرد تنظيم أسلوب العمل في اللجان البرلمانية.

ذلك أن مناط المراجعة القضائية لتلك اللوائح هو صدورها فعلا عن الجمعية الوطنية، أو مجلس الشيوخ. *Le règlement adopté par l'une ou l'autre assemblée.* ويندرج كذلك في مفهوم اللوائح البرلمانية تلك التي تصدر عن هاتين الجمعيتين منعقتين في شكل مؤتمر للنظر في مراجعة الدستور^(١).

وسواء تعلق الأمر باللوائح البرلمانية الصادرة عن أحد المجلسين التشريعيين، أو عنهما معا منعقتين في شكل مؤتمر، فإن الرقابة القضائية على دستوريتهما، تنتم بصيرمتها ويقتضاها. ذلك أن

(١) C.C. 63- 24.D.D., 20 dec. 1963, R.p. 16.

المجلس الدستوري يتحقق من مطابقتها ليس فقط لكل قاعدة ذات قيمة دستورية L'ensemble des elements composant le bloc de constitutionnalité وإنما كذلك للقوانين العضوية^(١) وللتدابير التشريعية التي تتخذ وفقا للفترة الأولى من المادة ٩٢ من الدستور^(٢).

Les mesures legislatives nécessaires à la mise en place des institutions prises en vertu de l'art. 96 de la constitution.

ليس هذا فقط بل إن اللائحة البرلمانية التي يقضى بمخالفتها للدستور؛ يتعين أن تغد مباحثها الجمعية التي أصدرتها، سواء كانت هي الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ، آخذة في اعتبارها مضمون قرار بطلانها لمخالفتها الدستور.

وعلى رئيسها أن يعرض مشروع اللائحة في صورتها الجديدة مرة ثانية للمراجعة القضائية^(٣).

وسواء أبطل المجلس الدستوري اللائحة الجديدة أو وجه البرلمانين إلى طرائق تطبيقها^(٤)، فإنهم يتقيدون بقرار المجلس رغم إيمانهم بأن اللوائح البرلمانية لا تنظم غير شئونهم الداخلية التي يفترض استقلالهم بها.

والرجوع إلى قضاء المجلس في شأن اللوائح البرلمانية فصلا في دستورها، يدل على حرصه -في إطار سياسته القضائية La politique jurisprudentielle- على صون حقوق البرلمانين في مواجهة الحكومة؛ وضمان امتيازاتها قبلهم. ولم يقبل المجلس بالتالي، محاولة البرلمانين تحويل أنفسهم مزايًا حرمهم الدستور منها. أو تقرير اختصاص لهم يجاوز الحدود التي أنشأ الدستور لهم بها. كتوسيعهم من اختصاص لجان التحقيق والمراقبة البرلمانية^(٥).

(١) C.C. 59- 2 D. C., 24 juin 1959, R.p. 58; C.C. 59- 3 D.C., 24 et 25 juin 1959, R.p. 61; C.C. 61-19. D.C., 31 juil. 1962, R.p. 19; C.C. 73- 49 D.C., 17 mai 1973, R.p. 15.

(٢) C.C. 8 juil 1966 R.p. 15.

يلاحظ أن التدابير التشريعية الملصوق عليها في الفترة الأولى من المادة ٩٢ هي للآزمة لسير المؤسسات لتمكينها من مباشرة وظائفها، وتتخذ هذه التدابير في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة. وتصدر هذه التدابير بمزاسيم تكون لها قوة القانون.

(٣) C.C. 59- 4 D.C., 24 juil 1959 R.p. 63.

(٤) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1959 R.p. 15.

(٥) C.C. 66- 28 D.C., 8 juil 1966. R.p. 15; C.C. 72- 48 D.C. 28 juin 1972, R.p. 17.

Commissions d'enquête et de contrôle ومساءلتهم الحكومة في غير الأحوال المنصوص عليها في الدستور^(١). أو تقييدها بزمان معين تكلي فيه ببيان^(٢)، أو إلزامها بأولوياتهم التي يحدون بها المسائل التي يناقشونها في جلساتهم^(٣).

وكما قاوم المجلس محاولة البرلمانيين الانقضاض على حقوق الحكومة وامتيازاتها قبلهم، فقد حرص بالقوة ذاتها على إجهاض كل محاولة الحكومة تتوخى بها خفض الوظيفة البرلمانية بما يزيد من قسوة القيود التي فرضها الدستور عليها. وفي هذا الإطار كفل المجلس للبرلمانيين الحق في تكوين جمعياتهم السياسية داخل البرلمان^(٤)، وحفظ الطبيعة الشخصية لأصواتهم^(٥)، وصان لهم الحق في تعديل لوائحهم على نحو يمكنهم من أداء أعمالهم البرلمانية بطريق أفضل^(٦). فلا تمنعهم الحكومة بالمخالفة لنص المادة ٤٤ من الدستور، من تعديل مشروع القانون المعروض عليهم^(٧) ولا يقيد البرلمانيون حق رئيس الجمهورية في التدخل في معاهدة دولية والتصديق عليها؛ ولا حق الحكومة في توجيه سياستها القومية وتصريفها.

ولم يعد صحيحاً اليوم ما كان يقال من أن أثر اللوائح البرلمانية على تسيير الشؤون السياسية، يفوق أثر الدستور في توجيهها^(٨).

ذلك أن المجلس يخضعها لرقابته الصارمة لضمان تقييدها بالدستور، وهو بشكل بذلك صورة للعمل البرلماني يكون بها منطقياً.

(١) C.C. 59- 2 D.C., 17, 18, 24 juin 1959. R.p.p. 58 et 61; C.C. 59- 37 D.C. 20 nov 1969, R.p. 15.

(٢) C.C. 72- 48 D.C., 28 juin 1972, R.p. 17; C.C. 73- 49 D.C., 17 mai 1973, R.p. 15.

(٣) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov 1969, R.p. 15.

(٤) C.C. 71- 72 D.C., 18 mai 1971, R.p. 15.

(٥) C.C. 69- 37 D.C., 20 nov. 1969, R.p. 15.

(٦) C.C. 88- 245 D.C., 18 oct 1988, R.p. 153.

(٧) C.C. 90- 278 D.C., 7 nov 1990, R.p. 19.

(٨) Eugène Pierre, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 1902, no 445.

المبحث الرابع

الرقابة القضائية على صحة العضوية البرلمانية

٣١٦- يتكون البرلمان في فرنسا من كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. وهما مجلسان تشريعيان يعقدان أحياناً في شكل مؤتمر يجمعهما للنظر في تعديل الدستور.

وكان لكل من هذين المجلسين -والى ما قبل العمل بدستور ١٩٥٨- الحق في أن يفصل منفرداً في صحة عضوية أعضائه، وأن يقرر بالتالي بطلانها أو ثبوتها، لا بناء على ضوابط قانونية موحدة لا نزاع فيها، وإنما وفق معايير تغلفها السياسة بأهولها وتعرضها متطلباتها.

ولم تكن هذه المعايير غير شكل من أشكال الرقابة الداخلية التي تعرضها السلطة التشريعية على نفسها. وتباشرها بوسائلها، لتقرر على ضوءها من يعتبرون من أعضائها وفق مقاييسها الشخصية ودوافعها المستترة التي تظاهر بها ليس فقط لأصهارها؛ بل كذلك خصومها إذا أعوزتها الحاجة إليهم حتى تستقطبهم إلى جانبها، فلا يصوتون لغير الأغلبية البرلمانية تنفيذاً من جهتهم لاتفاقاتهم الجانبية معها؛ وإعمالاً لتسوية ارتضوها جمعهم بها فيما وراء الكواليس، فلا تكون إلا صفقة غير معلنة تلزم بها القيم، وتعلو معها المصالح النفعية على ما سواها، بما يحور إرادة هيئة الناخبين.

٣١٧- ولأن معايير كل من هذين المجلسين في الفصل في صحة عضوية أعضائهم تحكمها وتوجهها العوامل السياسية -وتندرج المصالح الحزبية تحتها- فقد كُلف منطقياً أن تتعارض تطبيقاتها حتى في حالتين متماثلتين بالنظر إلى أهمية العضو المطعون في صحة عضويته.

وتلك جميعها مأخذ خطيرة على الفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية. وقد تجنبها دستور ١٩٥٨ بما نص عليه في المادة ٥٩ من اختصاص المجلس الدستوري دون غيره، بالفصل في صحة عضوية أعضاء البرلمان إذا تغير نزاع بشأنها.

Le conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.

٣١٨- ولم يعد دستور ١٩٥٨ لمجلس الدولة الفرنسي بولاية الفصل في العضوية بالنظر إلى الطبيعة الميسمية التي تفتشها، ولأن البرلمان ما كان ليقتل برقابة على صحة العضوية البرلمانية بتولاها مجلس الدولة الذي ساء ظن البرلمان به منذ الحقبة النابوليونية.

وينبغي أن يلاحظ في شأن الرقابة القضائية التي يفرضها المجلس الدستوري على الطعون الانتخابية البرلمانية، ما يأتي:

أولاً: أن المجلس لا يباشر هذه الولاية إلا بعد انتهاء العملية الانتخابية البرلمانية وليس قبلها. وهو لا يتدخل في شأن يتعلق بها إلا إذا نزع في صحتها.

بما يباير بين حدود ولايته هذه، والولاية التي كان يباشرها البرلمان في شأن العضوية قبل صدور دستور ١٩٥٨. إذ كان لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ اختصاص الفصل بقوة القانون في العملية الانتخابية التي تتعلق به بكامل أجزائها، وبالنسبة إلى أعضائه جميعهم، ولو لم يجر نزاع في شأنها.

ثانياً: أن المجلس لا يفصل في صحة العضوية إلا إذا قدم طعن بشأنها من أحد الناخبين أو أحد المرشحين.

Le Conseil ne peut être saisi que par un électeur ou par une personne ayant fait acte de candidature.

على أن يكون مفهوماً أن المقيدين في جدول الدائرة الانتخابية المطعون في صحة انتخاباتها. يعتبرون ناخبين. ويدخل في إطار المرشحين ليس فقط من قبل طلب ترشيحهم بتسجيله، ولكن كذلك هؤلاء الذين لم تقبل السلطة المختصة طلبهم بالترشيح حتى يتسنى لهم تجريح قرار هذه السلطة. ولا يعتبر مرشحاً من لم يملأ أوراق الترشيح بعد حصوله عليها من السلطة المختصة^(١).

ثالثاً: لا يجوز أن يفصل المجلس في طعون غير مستوفية لشكائيتها. وهي تكون كذلك إذا لم تكن موقعاً عليها؛ أو كانت لا تغرض وقائعها بصورة كافية، أو تُجهل بأسبابها^(٢)، أو كان

(١) C.C. 22- mars 1973, R.p. 59; C.C. 26 Juillet 1968, R.p. 34; C.C. 7 Nov. 1968, R.p. 14;

C.C. 13 Nov 1970, R.p. 51; C.C. 12 Dec 1958, R.p. 82; C.C. 13 dec. 1970 R.p. 51.

(٢) C.C. 88- 1121, 13 juil, 1988, R.p. 118; C.C. 88 -1053, 13 juil. 1988, R.p. 103.

موضوعها لا يقتصر على الطعن في صحة العضوية البرلمانية. ويتعين بالتالي أن يقدم الطعن باكراً قدر من التحديد حتى لا ينصرف إلى الطعن في العملية الانتخابية بأكملها، أو إلى اللوائح والشيوخ جميعهم، أو إلى نتيجة الاقتراع في مدينة بأكملها^(١).

رابعاً: أن الطعن لا يكون مقبولاً، ما لم يحدد الطاعن بصورة قاطعة اسم من ينزاع في صحة عضويته من أعضاء البرلمان؛ والدائرة الانتخابية التي أعلن فوزه فيها، وأن يكون مقصده من الطعن، إبطال نتيجتها^(٢). على أن المجلس يقبل الطعن في مشروعية مرسوم الدعوة إلى الاقتراع على المرشحين باعتباره طلباً عارضاً تباعاً لطلب أصلي، هو المنازعة في فوز عضو في دائرة انتخابية بذاتها^(٣).

خامساً: لا ينظر المجلس في غير الطعون التي تودع طلباتها خلال مهلة الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة الانتخاب، وهي المهلة المنصوص عليها في المادة ٢٣ من الأمر الصادر في ٧ نوفمبر ١٩٥٨. ولا تقبل بالتالي الطعون الانتخابية التي تودع قبل بدء سريان هذا الميعاد.

سادساً: وفي الحدود المنقمة بيانها، يختص المجلس بالفصل النهائي في كل خلل يشوب العملية الانتخابية في كافة مراحلها، ولو كان الفصل في صحة مرحلة منها، مما يدخل في اختصاص جهة قضائية أخرى.

Le Conseil peut trouver des irrégularités dans toutes les opérations conduisant à l'élection, même si ces opérations peuvent faire l'objet d'autres recours.

ومن ثم يفصل المجلس نهائياً في كافة التنازعات المؤثرة في العملية الانتخابية حتى مع التسليم بأن للسلطة القضائية اختصاص الفصل في صحة القيد بالجدول الانتخابية. ذلك أن تحرير هذه الجداول، يؤدي بالمجلس إلى إبطال العملية الانتخابية ذاتها. وتطبق هذه القاعدة نفسها بالنسبة إلى اختصاص المحكمة الإدارية بالفصل في كل خلل يتطرق إلى عملية تسجيل المرشحين. ذلك أن قرارات المحكمة الإدارية في هذا الشأن، يجوز استئنافها أمام المجلس الدستوري^(٤).

(١) C.C. 88- 1038, 13 juin 1986, R.p. 96; C.C. 27 avril 1978, R.p. 59.

(٢) C.C. 24 mai 1963, R.p. 78; C.C. 17 mai 1978, R.p. 88; C.C. 8 Janv. 1963, R.p. 41.

(٣) C.C. 88- 1030, 21 juin 1988, R.p. 80.

(٤) C.C. 2 Juin. 1967, 11 Juillet 1967 et 27 Janv. 1972.

ذلك أن المجلس يفصل -بمقتضى المادة ٤٤ من الأمر الصادر في ١٩٥٨/١١/٧- فسي كافة شؤون العملية الانتخابية التي لها صلة بالطعن، وكذلك في الدفوع المتعلقة بها. وهو بذلك القاضي الوحيد في هذه الشؤون، وفقا لنص ٥٩ من الدستور^(١).

ولأن المجلس يفصل في هذه الطعون -على ما تنص عليه المادة ٤٤ من المرسوم الصادر في ١٩٥٨/١١/٧- بما يحيط بكل مسائلها ودفوعها؛ فإن مفهوم المسائل الأولية التي تحيلها جهة قضائية إلى غيرها، وتتركب حكمها فيها، لا يتحقق في الطعون الانتخابية التي يختص المجلس دون غيره بالفصل في كافة جوانبها:

ومع ذلك أخرج المجلس من ولايته، نوعين من الدفوع^(٢).

* دفع يوجهها الطاعن إلى قانون قائم أثر في العملية الانتخابية، ويتوخي بها إبطال هذا القانون لمخالفته للدستور. ذلك أن المجلس يتقيد بالقانون المعمول به ليا كان محتوا. ويؤسس المجلس ذلك على أنه يفصل في الطعون الانتخابية البرلمانية، باعتباره قاضيا، وليس قاضيا للفصل في دستورية القوانين عن طريق دفع فرعى يوجه إليها Par voie d' exception. وكان أولى بالمجلس أن يفصل في دستورية كل قانون يؤثر في سير العملية الانتخابية، وأن يستند فسي ذلك إلى المادة ٤٤ من المرسوم الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ التي تخول المجلس ولاية النظر فسي كافة المسائل والدفوع التي ترتبط بالطعن.

(١) طبقا لهذه المادة: يفصل المجلس الدستوري الفرنسي -في حالة المنازعة- في السور المنتظم لانتخابات اللوائح والشيوخ.

(٢) C.C. 88- 1046, 21 oct 1988. R.p. 161.

هذا وينتقد Dominique Rousseau هذا الاجراء ويقرر أنه كان أولى بالمجلس أن يفصل في دستورية القوانين التي يطعن عليها بطريق الدفع إذا كان لها من أثر على سير العملية الانتخابية، وأن يركز في ذلك إلى نص المادة ٤٤ من المرسوم الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ التي تخول المجلس النظر في كافة المسائل والدفوع التي ترتبط بالطعن. ص ٢٩٩ من المرجع السابق.

• دفع غايته الطعن في أثر تدخل رئيس الجمهورية في تحرير نتيجة العملية الانتخابية بعد انتهائها. وكان يجب على المجلس أن ينظر في أثر تدخل رئيس الجمهورية في شئون العملية الانتخابية، وعلى الأخص من خلال الضغوط التي يكون قد بشرها لصالح أحد المرشحين^(١).

ثامنا: لا يقبل المجلس الطعون الانتخابية التي تقدم بعد انقضاء العشرة أيام التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية^(٢)، ولا الطعون التي تقدم إلى البرلمان. بل يتعين تقديمها إلى أمانة المجلس أو إلى الممثلة، وفيما يتعلق بالأقاليم الواقعة فيما وراء البحار، إلى من يتولى شئون الحكم فيها.

ويعتبر غير مقبول بالتالي كل طعن يقدم إلى رئيس المجمع الانتخابي لأعضاء مجلس الشيوخ أو إلى رئيس الجمعية الوطنية^(٣).

ولا يجوز بعد انقضاء الأيام العشرة التالية لإعلان نتيجة العملية الانتخابية -وهي المهلة المنصوص عليها في المادة ٣٣ من الأمر الصادر في المادة من الأمر الصادر ١٩٥٨/١١/٧- أن يحور الطاعن من مضمون طعنه الأصلي، وإن جاز أن يفصل أسبابه ويطورها.

تاسعا: لا يفصل المجلس في غير نزاع يتعلق بصحة عضوية نواب الجمعية الوطنية، أو أعضاء مجلس الشيوخ بما مؤداه:

• إذا تم الانتخاب على دورتين، فإن النزاع حول صحة العملية الانتخابية، لا يجوز أن يقتصر على دورتها الأولى، وإن جاز الطعن على سير العملية الانتخابية في هذه الدورة وصولاً لإبطال ثانيتهما^(٤).

(١) عملا بنص المادة ٦٨ من الدستور الفرنسي، لا يجوز مبالغة رئيس الجمهورية عن الأعمال التي ياتسها أثناء مباشرته لوظيفته، إلا في حالة الخيانة العظمى Qu'en cas de haute trahison وتقتضي محكمة العدل العليا La haute cour de justice في هذه المسؤولية أو تخلفها، انظر في اختصاصات المجلس في الفصل في الطعون الانتخابية تطبيق لوشير على نص المادة ٥٩ من الدستور الفرنسي.

Lauchaire, commentaire à l'article 59 de la Constitution, in la Constitution de la République Française, 2e édition, Economica pp.1101-1106

(٢) C.C. 88 - 1121, 13 Juillet, 1988. R.p. 118.

(٣) C.C. 88- 1033, 13 Juil. 1988. R.p. 89.

(٤) C.C. 88- 1040/1054, 13 Juil. 1988. R.p. 97.

* أن المجلس لا يفصل في نزاع قدم إليه من أحد المرشحين، إذا كان ما يتوخاه هو الحصول على جزء من الأموال التي أنفقها في الحملة الانتخابية بعد حصوله على الحد الأدنى من الأصوات في الدائرة التي خاض انتخاباتها.

ويقول Luchaire في ذلك، إن قضاء المجلس حول هذه النقطة في طريقه إلى التطور. ذلك أن المجلس نظر في أحيان كثيرة في طعون لا تتغيا تجريح صحة العضوية، ولكنها تقتصر على طلب المرشح إعادة فرز الأصوات في الدائرة الانتخابية التي دخل معركتها. للتحقق من حصوله على ٥% من الأصوات المخصصة فيها، بما يفوله في النهاية حق الحصول على جزء من مصروفاته التي أنفقها خلال الحملة الانتخابية. وفي قرارين أصدرهما المجلس أولهما في الأول من يونيو ١٩٧٣ وثانيها في ٧ نوفمبر ١٩٨٤، رفض طلبين من هذا القبيل، ملاحظاً أن المرشح لم يرم عملية فرز الأصوات خطأ شائها، وهو ما يدل ضمناً على أن المجلس قد ينظر في الطلب إذا وجد هذا الخطأ^(١).

عاشرا: ويحق للمجلس إجراء تحقيق في شأن الكيفية التي أديرت بها العملية الانتخابية في الدائرة محل الطعن؛ ويخطر الطاعن وخصمه بنتيجة هذا التحقيق، ولهما أن يبيدا ملاحظاتهما كتابة في شأنه، وخلال ثلاثة أيام من إخطارهما بنتيجة التحقيق. وتنفذ إجراءات الطعن إذا تخطى الطاعن عن طعنه دون اعتراض من المطعون عليه. ولا يعتبر نزولاً عن الطعن مجرد عدم رد الطاعن على المذكرة التي قدمها المطعون ضده.

حادي عشر: ليس للطعن في العملية الانتخابية أثر موقف Effet suspensif وإنما يظل عضو البرلمان المنازع في صحة عضويته - وإلى أن يقرر المجلس الدستوري بطلانها - قائماً بوظيفته، ويمتعا بكافة الحقوق التي تخولها العضوية إياه. فإذا أبطل المجلس عضويته، تعين إخطار البرلمان بذلك لإجراء مقتضى هذا الإبطال.

ثاني عشر: مودى الطبيعة القضائية للطعن في العملية الانتخابية، مواجهة الخصوم في الطعن الانتخابي بعضهم لبعض، وكذلك تكافؤ أسلحتهم، على نحو يخول كلا منهم أن يمثل بمحامي يتولى الدفاع عن موكله كتابة لا شفاها. ومن المقترض في الطعن أن يقدم كتابة إلى المجلس، وأن

(١) Luchaire. ibid, pp. 1103.

يكون للعضو المطعون في صحة عضويته، حق الرد على صحيفة الطعن، ولخصمه أن يعقب على رده، وذلك كله خلال المواعيد التي يحددها الأمين العام لهذا المجلس. ولطرفي الطعن، حق الاطلاع على كافة الأوراق التي تتصل بالعملية الانتخابية، بما في ذلك أقوال وزير الداخلية.

ثالث عشر: ويبطل المجلس نتيجة العملية الانتخابية أو يصححها. وهو لا يبطل العملية الانتخابية في أجزائها المطعون عليها، إلا إذا كان سيرها بالمخالفة للقانون، منتهايا إلى تغيير نتائجها.

وهو بذلك يركز على مصداقيتها La sincérité du resultat، أكثر من تركيزه على القيم الخلقية التي دارت العملية الانتخابية في إطارها.

وقد حمل ذلك المجلس على أن يضمن قراره الفاصل في الطعن، المآخذ التي ارتأها على العملية الانتخابية، والتي لا يصل مداها إلى حد إبطالها. وهو ما يعني أن تظل كثيراً من نصوص القانون الانتخابي بغير جزاء، كذلك التي تحظر مجاوزة الدعاية للحدود المنصوص عليها في هذا القانون.

وما إذا كان مقيدا في القوائم الانتخابية^(١). ويفصل المجلس في الطعون الانتخابية البرلمانية بمراعاة أمورين:

أولهما: تحديد الأعمال التي رماها الطاعن بالتأثير في العملية الانتخابية.

ثانيهما: تقرير ما إذا كان لهذه الأعمال من الأثر على العملية الانتخابية بما يسوغ إبطالها.

ومن قبيل الأعمال المؤثرة في العملية الانتخابية، طريقة تنظيمها وكيفية إجراءاتها، بشرط أن يكون عوارها جسيما بما يخل بمصداقيتها، وينال من حق الاقتراع، سواء بالنظر إلى درجة الأهمية التي بلغتها مثالبها؛ أو على ضوء تنوعها، وتعدد صورها.

وعلى الطاعن أن يقيم الدليل على لوجه مخالفة العملية الانتخابية لضوابطها، وإن تعذر عليه لحينا أن يبرهن بالتحديد الكافي على صور العوار التي أصابته، كاللتليل على ما وقع في هذه

(١) C.C. 19 dec. 1968, p.15g.

العملية من ضغوط، وما أحاطها من دعاية كاذبة، أو مشينة وجهها أحد المرشحين لمنافسيه حتى يفوز من دونهم.

وليس أمام الطاعن بالتالي، إلا أن يقدم من القرائن، ومن الحقائق الجزئية التي تتضمن إلى بعضها البعض، ما يؤكد دعواه.

المبحث الخامس

لرقابة على دستورية المعاهدات الدولية

٣١٩- أن تصديق على المعاهدة عمل تحرر به الدولة عن القبول بأحكامها ولا يكتفى لمساويتها في حقها مجرد توقيعها عليها. وإنما يكون التصديق على المعاهدة تالياً لتوقيعها وواقعاً في الأجل التي عينها. وبه تدخل المعاهدة في مرحلة التنفيذ.

ويصدق رئيس الجمهورية على المعاهدة -وباعتباره مسئولاً عن إدارة الشؤون الخارجية وتوجيهها في مستوياتها الأعلى- ولو لم يكن قد تفاوض عليها. وهو لا يلتزم بالتصديق عليها ولو كان قد وقعها.

وكثيراً ما يتولى رئيس الجمهورية عملية التفاوض على المعاهدة للدولة، وعلى الأخص في الهامة منها، وقد يوقعها ثم يصدق عليها من خلال وثائق التصديق *Lettres de ratification* التي تدعى كذلك على القبول بالمعاهدة، والتمتع بتنفيذ أحكامها.

وترفق نصوص المعاهدة ذاتها بأوراق التصديق عليها، أو الانضمام لها. بيد أن أفراد رئيس الجمهورية بالتصديق على المعاهدة، صار اليوم من خصائص للنظم الأوتوقراطية *Les regimes autoritaires* التي كانت قائمة في بعض الدول كالألمان قبل ١٩٤٨ وألمانيا النازية وكذلك النظم الديكتاتورية المعاصرة.

وصار للبرلمان اليوم دور في التصديق^(١)، وعلى الأقل بالنسبة إلى أنواع بنواتها من المعاهدات الدولية، هي التي حددها الدستور حصراً. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٣ من الدستور لفرنسى من أن التصديق على المعاهدة أو إقرارها لا يجوز بغیر قانون إذا كان موضوعها يتعلق بالمسلم أو بالتجارة وكذلك إذا تعلق بموضوع المعاهدة أو الاتفاق الدولي بتنظيم دولي، أو بفرض أعباء على مالية الدولة، أو بتعديل نصوص من طبيعة تشريعية، أو بحالة الأشخاص، أو بالنقل عن إقليم، أو بإبدال إقليم بإقليم، أو ضم إقليم إلى غيره. ففي هذه الأحوال

(١) من ذلك ما ينص عليه الدستور الأمريكي من وجوب حصول رئيس الجمهورية على مشورة وموافقة مجلس الشيوخ *With the advice and consent of the senate* قبل الدخول في المعاهدة.

I Lne prennent effet أو للمعاهدة من أثر قبل التصديق عليها أو إقرارها I
qu' après avoir été ratifiées ou approuvés.

ولا يعتبر خروج القانون على اتفاق أو معاهدة دولية، خروجاً على الدستور^(١) ذلك أن المعاهدة الدولية إما أن تكون في مرتبة القانون، وقد تعلق القانون، إلا أن مرتبتها لا تصل إلى قوة الدستور^(٢).

وفي فرنسا -وعلا بنص المادة ٥٤ من الدستور- يختص مجلسها الدستوري بمراجعة دستورية المعاهدة، إذا قدم إليه طلب بذلك من رئيس الجمهورية، أو من الوزير الأول، أو من رئيس الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ.

بيد أن حق الطعن على دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولي، لم يعد مقصوراً على هؤلاء الأشخاص بعد تعديل الدستور الفرنسي في ١٩٩٢/٦/٢٥.

وإنما صار لمستين نائباً أو مستين شيخاً حق الطعن في دستورية المعاهدة أو الاتفاق الدولي، شأنهما في ذلك شأن المعاهدة أو الاتفاق الدولي في ذلك، شأن القوانين غير العضوية من حيث تساويها فيمن لهم حق عرضها على المجلس للفصل في دستورتها. وعلا بنص المادة ٥٤ من الدستور، إذا عرض أمر معاهدة أو اتفاق من طبيعة دولية على المجلس للفصل في دستورتها^{٩٤} ثم تبين لهذا المجلس مخالفة شرط أو بند في المعاهدة أو الاتفاق لأحكام الدستور؛ فإن قانون التصديق عليها أو إقرارها، لا يجوز أن يصدر إلا بعد تعديل الدستور.

وقد دل التطبيق العملي لنص المادة ٥٤ من الدستور قبل تعديله في ١٩٩٢/٦/٢٥، على أن السلطينتين الوحيدتين اللتين عرضتا المعاهدات الدولية على المجلس للفصل في دستورتها، كانتا رئيس الجمهورية والوزير الأول، رغم مسئوليتهما عن التفاوض على المعاهدة وتراضيهما على أحكامها، مدفوعين في ذلك أحيانا برغبتهما في تقايم أظفر المعارضة، وإجهاض محاولتها وصم

(١) C.C. 74- 54 D.C., 15 janv. 1975, 19; C.C., 89- 268 D.C., 29 dec 1989, R.p. 110.

(٢) تنص المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي على أن المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية التي تم إقرارها أو التصديق

عليها، يكون لها من وقت نشرها قوة تعلق القانون بشرط التحفظ بتطبيقها من قبل الطرف الآخر.

Sous réserve, pour chaque accord au traité, de son application de l'autre partie.

المعاهدة المعروضة على البرلمان، بمخالفة الدستور؛ وحرمانها بالتالى من فرصة نقضها، ولضمان تمريرها فى النهاية بعد أن يؤكد المجلس دستوريته، سواء فى الأسس التى تقوم عليها، أو على صعيد نطاق تطبيقها، أو أغراضها.

وليس فى الدستور الفرنسى نص يحدد ميعاداً حتمياً لا يجوز بعد انقضائه، أن يتدخل المجلس للفصل فى دستورية المعاهدة؛ وإن كان من المفترض أن يراجعها بعد توقيعها وقبل تصديق البرلمان عليها؛ وذلك كلما كان هذا التصديق موقوفاً على قرار المجلس بمطابقتها أو مخالفتها للدستور.

وثمة فوارق رئيسية بين الرقابة التى يباشرها المجلس على دستورية القوانين العادية وفقاً لنص المادة ٦١ من الدستور، وتلك التى يمارسها فى شأن دستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من هذا الدستور. وهى فوارق تظهر من النواحي الآتى بيانها:

أولاً: أن مهلة الشهر المنصوص عليها فى المادة ٦١ من الدستور للفصل فى دستورية القوانين العضوية والعادية، ولتى يجوز إيقاضها إلى ثمانية أيام فى حال الاستعجال، لا تقابل لها فى نص المادة ٥٤ من الدستور التى يفصل بمقتضاها فى دستورية المعاهدة. وليس من الجائز قياس الصورة الثانية على الصورة الأولى، وإخضاع دستورية للقوانين والمعاهدات الدولية لمهلة واحدة، يفصل خلالها المجلس فى دستورتها. ذلك أن حتمية الميعاد تفرض وجود نص صريح بها.

ثانياً: أن المراجعة القضائية لدستورية المعاهدة وفقاً لنص المادة ٥٤ من الدستور، لا تقتصر على بعض نصوصها. وإنما يفصل المجلس فى دستورية أحكامها جميعها من تلقاء نفسه D'office.

ولا كذلك للقوانين العادية. ذلك أن المجلس لا يفصل كأصل عام فى غير دستورية النص القانونى المطعون فيه، وإن ترخص فى النظر فى كافة أحكامه، إذا اقتصر الطعن على بعض أجزائه.

ثالثاً: إذ يفسر المجلس نصوص القوانين المطعون عليها تفسيراً قضائياً وإنما يقر بذلك السلطتين التشريعية والتنفيذية اللتين صنعتا القانون، أو تقومان بتنفيذه. ولا كذلك المعاهدة الدولية

ذلك أن أطرافها يختصون بتحديد مضمونها. وليس أمام المجلس بكتالتي غير خيار وحيد هو أن يقرر -على ضوء هذا المضمون- مطابقتها أو مخالفتها للدستور.

رابعاً: أن المجلس لا يوجه قراره بعدم دستورية المعاهدة إلى المشرع بل إلى السلطة التأسيسية التي يدعوها لتعديل الدستور وفق أحكام المعاهدة.

وهو في ذلك لا يعطيها لية نصيحة حول كيفية إجراء التعديل، ولا ينبهها حتى إلى أحكام المعاهدة المخالفة للدستور.

ذلك أن السلطة التأسيسية سيادة نفسها. وهي التي تحدد خياراتها في الكيفية التي يحل بها الدستور بما يوفق أحكامه مع المعاهدة. وكلمتها في ذلك هي العليا. وعلى المجلس أن ينزل على قراراتها حتى لا يتم بتحويله إلى حكومة من القضاة.

ولا كذلك القوانين التي يقرر مخالفتها للدستور، إذ يوجه للمجلس قراره في هذا الشأن إلى المشرع. ويبين في منطوق قراره، النصوص التي اعتورها البطلان، ويفصح في أسبابه عن الكيفية التي يحل بها القانون حتى يطابق الدستور.

ذلك أن خضوع المشرع للدستور قاعدة مطلقة لا استثناء منها. ويعمل المجلس على ضمان هذا الخضوع وتوكيده. وكان منطقياً أن يوجه المشرع إلى الطريقة التي يصحح بها خطأ.

خامساً: ويتعلق للفارق الأخير بين عدم دستورية المعاهدة وعدم دستورية القانون، في أثر الحكم بعدم الدستورية. ذلك أن قرار المجلس بعدم دستورية قانون، مؤداه ألا يصدر إلا بعد أن يعمله المشرع بما يوفق أحكامه مع الدستور. ولا يحل المشرع غير النص المناقض للدستور.

والى أن يحل المشرع ذلك النص، ويصدره رئيس الجمهورية، ليس ثمة نص قانوني يجوز تطبيقه قانوناً.

ونقيض ذلك قرار المجلس بعدم دستورية المعاهدة. ذلك أن هذا القرار لا يلغيها أو يزيل وجودها. فالمعاهدة المخالفة للدستور لا تعطل، ولكن الذي يحل هو الدستور. وفي هذا الإطار قرر

المجلس أن قانون التصديق على معاهدة الاتحاد الأوروبي ' union européenne ' لا يجوز أن يصدر قبل تعديل الدستور^(١) ' Ne peut intervenir qu' après la révision de la constitution.

مبانسا: ويفصل المجلس - عملاً بنص المادة ٥٤ من الدستور - في دستورية كل تعهد دولي. وهو تعبير وإن كان مشوباً بالغموض؛ إلا أن كل اتفاقية دولية مما ورد حصراً بنص المادة ٥٣ من الدستور^(٢)، تدرج في إطار التعهد الدولي، وتشملها ولاية المجلس الذي يقرر ما إذا كانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية مما يجوز التصديق عليها أو إقرارها بقانون، أم أن تعديل الدستور يتعين أن يكون سابقاً على صدور هذا القانون.

فإذا لم تكن المعاهدة أو الاتفاقية الدولية تقتضى تدخل البرلمان للتصديق عليها، أو لإقرارها بقانون؛ فإن المراجعة القضائية التي يتولاها المجلس تنحصر عنها.

(١) Dominique Rousseau. Droit de contentieux constitutionnel. 3e édition, pp. 167- 169.

(٢) تنص المادة ٥٣ من الدستور الفرنسي على: أن المعاهدات المتعلقة بالسلم أو بالتجارة وكذلك المعاهدات أو الاتفاقيات المتعلقة بالتنظيم الدولي أو التي ترعب التزامات مالية على الدولة، أو التي تعيدل نصومها من طبيعة تشريعية أو التي تتعلق بحالة الأشخاص، أو التي تشمل على تنازل عن الإقليم أو تبادل أو إضافة للإقليم، لا يجوز التصديق عليها أو الموافقة عليها بغير قانون. ولا يكون لها من أثر قبل هذا التصديق أو تلك الموافقة.

المبحث السادس

الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري

٣٢٠- ثار التساؤل حول ما إذا كان المجلس الدستوري، هيئة قضائية دستورية. وهو تساؤل يطرح جدلاً فقهيًا حول طبيعته التي لا يعنى الدستور بالخوض فيها، دالاً بذلك على أن ما ينبغي التركيز عليه، هو حقيقة المهام التي يتولاها؛ والوسائل التي ينتهجها في تحقيق الأغراض التي يقوم عليها.

ومن ثم كان الجدل حول هذا الموضوع حواراً بالكلمة بقصد الإقناع بوجهة نظر معينة أياً كان حظها من الصواب.

وإذا أردنا أن نخوض مع الخاضعين من الفقهاء؛ فإن تعمق حججهم يقودنا إلى اتجاهين رئيسيين أحدهما يقول بالطبيعة القضائية لهذا المجلس؛ وثانيهما: براه من طبيعة سياسية؛ فلنتأمل إذا ما نقولون، ونديره بأنفسنا علي حكم العقل، لنصل إلى ما نراه صواباً من أقوالهم.

المطلب الأول

لقاتلون بالطبيعة القضائية لنشاط للمجلس

٣٢١- يستند هؤلاء إلى أن المجلس يفصل فيما يطرح عليه من أوجه النزاع، علي ضوء قواعد قانونية يستخلصها وينزلها عليه De dire le droit.

وهو يعمل لتحقيق سيادة الدستور من خلال الفصل فيما يدعي به من تعارض بين القانون والدستور، وبين معاهدة دولية والدستور؛ أو بين لائحة برلمانية والدستور.

فلا يتحول بوجهه عن القاعدة الأعلى التي يمثلها الدستور، علي تقدير أن كلمته هي العليا.

وكما عرض نزاع علي المجلس مما يدخل في ولايته، فصل فيه في إطار من تكافؤ الفرص بين الخصماء، سواء في ذلك من يؤيدون النصوص المطعون عليها، أو من ينتقدونها وحتى في الأحوال التي لا يتوافر فيها عنصر النزاع، كاللصل في دستورية القوانين العضوية قبل إصدارها؛ واللائحة البرلمانية قبل تطبيقها؛ فإن العملية العقلية التي يجريها المجلس في مجال تقييم

هذه القوانين وتلك اللوائح؛ هي ذاتها التي يستدعيها في الطعون التي تقدم في شأن القوانين العادية، والتي يعرضها عليه الأشخاص المشار إليهم في الفقرة ٢ من المادة ٦١ من الدستور؛ وجميعهم ذوو مصلحة. في إبطال النصوص للقانونية التي يعارضونها.

وليس أدل على للصفة القضائية للمجلس، مما تلص عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٢ من الدستور الفرنسي من أن النصوص التي يقر المجلس عدم دستوريته، لا يجوز إصدارها.

المطلب الثاني

القائلون بالطبيعة السياسية لنشاط المجلس

٣٢٢ - والقائلون بالطبيعة السياسية - لا القضائية - للمجلس^(١) يفسرون ذلك بأن الطريقة التي يشكل بها وطبيعة المهام التي يتولاها؛ تنفي عنه الصفة القضائية. وقال آخرون بأن المجلس من طبيعة سياسية - قانونية - *Organ - politico - juridique* وأنه يفصل فيما يدخل في ولايته من المسائل من زاوية قانونية؛ ومن وجهة تقدير سياسية^(٢).

ويؤسس هؤلاء هؤلاء رأيه على ما يأتي:

١. أن الطبيعة السياسية للمجلس هي النتيجة الحتمية والمنطقية لطريقة تكوينه ذلك أن أعضاءه يعينهم سياسيون يختلون في مناصبهم، أعلى مستوياتها.

وليس شرطاً في أعضاء المجلس أن يكونوا مؤهلين قانوناً لتولي المهام التي ينهضون بها. وإنما هم رجال سياسة تولوا وظائفهم في المجلس بصفتهم هذه، أو على الأقل عينهم فيه لصدقه لهم من السياسيين.

٢. أن هؤلاء الأعضاء لا يراقبون فقط دستورية القانون - وهو التعبير الأعلى عن الإرادة السياسية - ولكنهم يتدخلون - بطريق مباشر أو غير مباشر - في مباشرة السلطة التشريعية بما يجعلهم شركاء فيها.

(١) Bernard Chenot, le domaine de la loi et du règlement, P.U.A.M., 1978, P.178; le Conseil Constitutionnel, Académie des Sciences Morales et Politiques, 9 Dec., 1985.

(٢) Paul Coste - Floret, Débats et Avis du C.C.C., doc. Fr, 1960, p.57.

ذلك أن إصدار القانون إجراء تتم به العملية التشريعية وتصل إلى خاتمتها. وإذا فصل المجلس في دستورية القوانين قبل إصدارها، فإن تدخله في العملية التشريعية قبل اكتمال حلقاتها التي لا يتمها إلا إصدار القانون، يكون ثابتاً بغير نزاع، وعلى الأخص على ضوء ما هو مقرر من أن إصدار القانون، يظل موقوفاً إلى أن يفصل المجلس في دستوريته.

وكان منطقياً بالتالي ما قرره المجلس من أن رئيس الجمهورية إذ يعيد قانوناً إلى السلطة التشريعية لقراءته مرة ثانية بعد أن حكم المجلس بعدم دستوريته، فإن تصويتها على القانون بعد إحالته إليها على هذا النحو، لا يكون تصويتاً على قانون جديد، وإنما هي مداخلة تشريعية في ذات عملية إقرار القانون، وفي مرحلة تكميلية ناجمة عن الحكم بعدم دستوريته^(١) ومن ثم تتم في ذات المرحلة الإجرائية للعملية التشريعية القائمة *la procedure legislative en course*. أفلا يتسع المجلس داخل نطاقها...!!

٣. أن المجلس يلعب دوراً حقيقياً في عملية صناعة القانون. ذلك أن تدخله إما أن يبلور شكلاً من أشكال الضغط على السلطة التشريعية، وإما أن يهديها إلى ما يكون صواباً في العملية التشريعية. وهو ما دعا الوزير الأول Michel Rocard إلى أن يطلب من معاونيه من الوزراء، بذل كل جهد من أجل تنقية القوانين التي يقدمون مشروعاتها إلى المجلس، من شوائبها الدستورية، حتى ولو كان احتمال عرضها عليه ضئيلاً^(٢).

٤. إن الرقابة القضائية على الدستورية، هي التي تتوافر فيها ثلاثة شروط:

أولها: أن تباشر للفصل في دستورية قوانين قائمة معمول بها *a posteriori* من أجل فوض جزء على مخالفتها للدستور؛ وثانيها: وقوع ضرر بالطاعن من جراء سريان النصوص المطعون عليها في حقها؛ ثالثها: أن تباشرها محكمة خاصة أو محكمة من محاكم القانون العام.

ولا كذلك المراجعة القضائية التي يبشرها المجلس، والتي لا تتعلق بقوانين قائمة، وإنما بقوانين لم تصدر بعد *A priori*.

(١) C.C.85-197.D.C., 23 août 1985, R.P.70

(٢) مشار إلى هذا الكتاب الدوري الصادر عن الوزير الأول إلى وزارته في ص ٥٧ من الطبعة الثالثة من المؤلف Dominique Rousseau السابق الإشارة إليه.

وهي كذلك رقابة علي مجموع نصوص القانون، ولا تتحصن بالتالي في تلك التي حددها الطاعن.

والمصلحة في هذا الطعن هي محض ضمان سيادة الدستور التي لا شأن لها بالمصلحة الشخصية للطاعن^(١).

٥. أن المجلس يقوم بخلق القانون، وتلك عملية سياسية لا نزاع فيها، ويتعذر فصلها عن عملية تطبيق القانون. ذلك أن تطبيق قضاء الشريعة الدستورية لوثائق الحقوق والدستور، يفترض تفسيرها. وتلك عملية خلق وإبداع.

٦. أن فصل مسائل القانون عن السياسة قلما يتحقق في مجال الرقابة على دستورية القوانين. ذلك أن النظر في القانون، لا يتم من المفهوم الشامل للتجرد والحيدة؛ ولا هو قراءة في الفراغ لأحكامه؛ ولا هو تصور موضوعي لها لا يختلط بالمفاهيم الشخصية لهؤلاء الذين أقره.

وكل نشاط قضائي تتداخل فيه بالضرورة عوامل سياسية، ويؤثر كذلك بالتزم التي يحاز القضاء لها، والتي يجددون من خلالها تلك المبادئ التي يمدحونها قيمة دستورية.

فلا يكون عملهم مجرد تديد لنصوص القانون؛ ولا لنصوص وثائق إعلان الحقوق؛ ولا حتى للدستور القائم. ذلك أن هذه النصوص جميعها لا تنطق من تلقاء نفسها بمضمونها. ولكنها تحمل في إعطافها معنى متحدة يواجهها قضاء الشريعة الدستورية، ويختارون واحدا من بينها في إطار وظائفهم القضائية^(٢). وإن وجب القول بأن كل تفسير للنصوص القانونية، ليس محض عملية قانونية، وإنما هو انضمام من قضاء الشريعة الدستورية -ولو بغير وعي منهم- إلى القيم التي يفضلونها، وإلى البدائل التي يمحزون إليها. فلا يكون للنص بعد تفسيره، غير المضمون الذي ألقه هؤلاء القضاة به. ولئن صح القول بأنهم يتقنون في كل تفسير بقرارتهم السابقة،

(١) Patrich Juillard, l'aménagement de l'article 61 de la Constitution, R.D.P. 1974, p 1703.

(٢) وفي ذلك يقرر المجلس الدستوري الفرنسي أن للحكومة أن تحصل على تفويض من البرلمان لاتخاذ تدابير تشريعية تكفل بها تنفيذ برنامجها؛ وأن هذا التفويض يجوز، ولو لم يكن البرلمان قد وافق على هذا البرنامج. ذلك أن كلمة "برنامج" المصوب عليها في المادة ٣٨ من الدستور، تختلف في معناها عن كلمة "برنامج" التي تأتيها في نفس المادة ٤٩ من الدستور. C.C 76 - 72 D.C., du 12 Janu. 1977, R.P. 31.

وبتحليل الفقهاء لقضائهم ويرد فعل أحكامهم على الطبقة السياسية، وبمزاج الرأي العام والحالة التي يكون عليها؛ إلا أن عوامل التأثير هذه من طبيعة سياسية أكثر منها قانونية، وهى تفرض نفسها بطريقة مشابهة على السلطة التشريعية ذاتها.

المطلب الثالث

ترجيح الطبيعة القانونية لنشاط المجلس على طبيعته السياسية

٣٢٣- على أن الطبيعة القانونية للمجلس يكشفها:

أولاً: أن الرقابة التي يفرضها لضمان للشرعية الدستورية تقتضى النظر قضائياً فى قواعدها بقصد تأصيلها والتخريج عليها، وتحويلها إلى قانون بمعنى الكلمة، مثلما تفعل المحاكم القضائية فى إرسائها لقواعد القانون المدنى. وهو ما نراه كذلك مجلس الدولة الفرنسى فى بناء قواعد القانون الإدارى.

وقد صار للمحاكم الدستورية جميعها الوزن الأكبر فى الدول التى أنشأتها - لا لأنها تطبق الدستور بصورة جامدة؛ ولكن لأنها تنقل إليه مفاهيم جديدة، وصوراً من التطوير متعددة يكاد يصبح الدستور فى كنفها، غير الدستور فى الصورة التى ظهر بها أول الأمر. وما كان هذا الشكل الجديد للدستور ليتحول إلى شكل ملزم لولا قوة الأمر المقضى التى يكتسبها قضاء الجهة القضائية التى تتولى فرض الشرعية للدستورية.

وربما كان المرجحون الذين يقولون بطبيعتها السياسية، لا يبيغون غير الانقضاء عليها، وتقويض حجة قراراتها، وإيهام الآخرين بأنها لا تعمل إلا على المبرح السياسى، وفى إطار الحيلة السياسية التى توجهها الأهواء وتتحكم فيها.

وفاتهم أن الاعتبار الأهم، ليس هو النظر فى الحالة التى كان عليها المجلس حين أنشئ، وإنما تحليل الصورة التى آل إليها من خلال اجتهاده.

والفقهاء فى غالبيتهم يرون أن المبادئ التراكمية التى كفلها هذا المجلس، فى مجال رقابته للدستورية، كان لها -وبالنظر إلى كثرتها وعمقها- أكبر الفضل فى توجيه المشرع إلى ما يعتبر صواباً فى فهم الدستور، وإلى التأثير فى عملية صناعة القانون ذاتها. ولا حاجة بعد ذلك فى القول بالطبيعة السياسية أو القضائية لنشاط المجلس.

المطلب الرابع

ماذا كان يراد بالمجلس الدستوري الفرنسي ودرجة التطور التي بلغها

٣٢٤- وسواء كان المجلس جهة قضاء، أم كان حلقة في الموازين السياسية، فإن السلطة السياسية التي أنشأته، كان يعنىها أن يظل في الظلام؛ وأن يكون دوره خافتاً وصوته همساً، وكأنه يعمل بين موتى في المقابر، خاصة إذا كانت السلطة التنفيذية هي مركز الثقل في موازين للقوة في الحلبة السياسية. فلا يراقبها قضاء الشرعية الدستورية في تصرفاتها المخالفة للدستور.

وحتى داخل السلطة القضائية ذاتها، فإن محاكمها قد تنتظر بتحفظ كبير واسترابة عميقة، إلى جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها كيان دخيل عليها، وولاد جديد لا يجوز أن يقوض عرشها حتى تحتفظ لنفسها بدورها كهيئة تتولى تطبيقاً- وبصورة فعلية- ضمان حقوق الأفراد وحررياتهم.

وزاد من صعوبة الأمر، أن إنشاء المجلس الدستوري، كان يمثل ردة عن مفاهيم تطبيقية أساسها أن السيادة للقانون؛ وأن البرلمان هو خير تعبير عن إرادة الجماهير؛ وأن لكل سلطة شرعيتها التاريخية أو الديمقراطية، فيما خلا هذا المجلس الذي نظرت إليه فرنسا منذ عام ١٩٥٨ باعتبارها مجرداً من هاتين الصورتين من صور الشرعية.

ذلك أن نصوص دستور ١٩٥٨ وحدها، هي التي حددت ولايته بصورة ضيقة. والذين أقروه توقعوا أن يكون مجرد منظم للروابط بين السلطين التشريعية والتنفيذية.

فضلاً عن أن الاتجاه العام في فرنسا، كان يعارض القول بتكوين خاص ينفرد بالمراجعة القضائية للدستورية للقوانين.

بيد أن هذه الاتجاه، لم يش المجلس عن المضى قتماً في مباشرة ولايته وتعميقها إلى أن تسلم ذراها في عام ١٩٩٠.

وخلال هذه الفترة، كان عمل المجلس قائماً على التحوط والمثابرة وتحقيق التوازن، مؤكداً من جديد -من خلال قراراته- أن جهة الرقابة على الدستورية، كثيراً ما تتسرد على السلطة التي أنشأها، وتجاوز توقعاتها.

٣٧٥- وكانت نقطة البداية في توجه المجلس، هي تركيزه على أن ولايته منحصرة في الحدود التي يحددها الدستور بها^(١).

La constitution a strictement délimité la compétence du conseil constitutionnel

ومن ثم رفض المجلس إيداء آراء استشارية لأية جهة^(٢) ولم يقبل كذلك الفصل في دستورية القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء تأسيساً على أن القوانين التي تدخل في ولايته هي فقط تلك التي وافق البرلمان عليها؛ وأن القوانين التي لقرتها الجماهير في استفتاء عام، تعتبر تعبيراً مباشراً عن السيادة الوطنية، ولا تشملها ولايته بالتالي^(٣).

وقد كان موقفه في ذلك حكيماً حتى لا يدخل في صراع مع السلطة التنفيذية التي كانت تمثل في هذا الوقت مركز القوة في النظام السياسي القائم^(٤).

وظهر المجلس بذلك كهيئة حذرة تتحوط فيما تفصل فيه، وتولي احترامها لنصوص الدستور وللشرعية الديمقراطية.

بيد أن المجلس انتقل بعد ذلك من الأناة إلى الإقدام، فحول البرلمان الحق في أن يشرع فيما وراء حدوده المنصوص عليها في المادة ٣٤ من الدستور^(٥)، متخذاً من مواد الدستور، ومن نصوص إعلان ١٧٨٩، ومن ديباجة دستور ١٩٤٦، منبداً لقضائه، ومنتهياً إلى اختصاص

(١) C.C. sep. 1961, R.p. 55.

(٢) يعارض هذا الاتجاه فرانسوا لوشير قائلا بأن من الأفضل أن يباشر المجلس ولايته قبل لا بعد.

François lauchaire: Saisir, le conseil avant plutôt qu' après, le Monde du 23 août 1985.

(٣) C. C. 61-20 D.C., 6 nov., 1962, R.p. 27.

(٤) كان الشعب الفرنسي قد صوّت في الاستفتاء على قانون يجعل انتخابات رئيس الجمهورية بطريق الاقتراع العام المباشر. وقد طعن رئيس مجلس الشيوخ على هذا القانون مستنداً في ذلك إلى الفقرة ٢ من المادة ٦١ من الدستور؛ إلا أن المجلس رفض الفصل في دستورية القوانين الاستثنائية. وهو ما اعتبره بعض الفقهاء عملاً حكماً حتى لا يثير حفيظة رئيس الجمهورية -وهو في هذا الوقت الجنرال ديغول المهيمن- إلى حد إلفقه لوجود المجلس ذاته.

(٥) تحدد هذه المادة، المجال المحجوز للقانون.

البرلمان وحده بكافة المسائل التي ترتبط عقلاً بالمجال المحجوز للقانون، أو التي تستهض تطبيق المبادئ العامة للقانون، وهي حقل شديد الاتساع^(١).

فضلاً عما قرره في ٣٠ يوليو ١٩٨٢ من أن احتواء قانون أقره البرلمان على نصوص لاحتية، لا يصم هذا القانون بمخالفة الدستور، وإن تعين إخراج هذه النصوص من مجال تطبيق ذلك القانون^(٢).

ثم قفز المجلس خطوة جريئة نحو آفاق بعيدة. وذلك حين كفل بقراره في ١٦ يوليو ١٩٧١ حرية الاجتماع، وقرر أن الحق في تكوين الجمعية ينبغي أن يكون حراً، وأن تعليق صحتها على قرار سابق -إدارياً كان لم فضائياً- لا يجوز.

وقد أحال المجلس في تأسيس هذه القاعدة، إلى ديباجة دستور ١٩٥٨ التي تحيل بدورها إلى إعلان ١٧٨٩ وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦^(٣).

ولئن كان مجلس الدولة الفرنسي قد قرر هذه القاعدة ذاتها في ١١ يوليو ١٩٥٦^(٤) إلا أن فضل المجلس الدستوري في شأنها يتمثل في القيمة الدستورية التي خلعها عليها، وفي أنه صار يخوض فيما وراء نصوص الدستور ذاتها، وينظر بالتالي في ديباجة الدستور والوثائق التي تحيل إليها.

وقد استطاع -ومن خلال هذه الاستراتيجية التي أخطتها- أن يمد بصره إلى آفاق جديدة لا نهاية لها، وأن يتخذها مدخلاً لتقرير حقوق لا نص عليها في الدستور كذلك التي تتعلق بحرية الاجتماع.

وليس أدل على تلك الفترة الهائلة من أن المجلس كان إلى ما قبل إصداره لقراره المنطوق بحرية الاجتماع والحق في تكوين الجمعية بالإرادة الحرة -وهو القرار الصادر في ١٦ يوليو

(١) C.C. 65- 34 L., 2 juil. 1965, R.p. 75; C.C. 73- 51 D.C., 26 dec., 1973, R.p. 25; C.C. 73- 80 L., 28 nov 1973, R.p. 54; C.C. 69- 55 L., 26 juin 1969, R.p. 27; C.C. 82- 142 D.C., 27 juil, 1982, R.p. 52.

(٢) C.C. 82- 143 D.C., 30 juil 1982, R.p. 57.

(٣) C.C. 71- 44 D.C., 16 juillet, R.p. 29.

(٤) C.E., 11 juil 1956, Amicables des Annamités de Paris, R.p. 317.

٣٢٦- لا ينظر في غير الشكل الخارجى للقانون المنازع فيه La regularité externe de la loi ولا يفصل بالتالى في غير الأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور فيه، والتى يندرج تحتها الكيفية التى وزع الدستور بها الاختصاص بين كل من السلطة التشريعية والتنفيذية.

وأما بعد صدور هذا القرار، فإن مضمون القانون أو حقيقة محتواه Le contrôle interne صار كذلك محلاً للمراجعة القضائية^(١) مما أتاح لهذا المجلس أن يباشر بصورة مطردة ومتصاعدة، رقابة لا تنقيد بالمفاهيم التقليدية، ولكنها تنتقل منها إلى مفاهيم تغايرها في نوعيتها، ليظهر المجلس في النهاية كهيئة لها وزنها، ولا يتصور تجاهلها؛ تفرض رقابتها على البدائل التى اختارها المشرع Le choix du législateur.

واتساع المراجعة القضائية للبدائل التى يختارها المشرع، كان نقطة البداية فى استقلال المجلس عن السلطة التنفيذية التى كان يعينها دوماً أن تفرض من خلال المشرع، خياراتها السياسية التى تؤمن مصالحها.

٣٢٧- وقد ازداد دور المجلس تعاظماً بعد تعديل نص المادة ٦١ من الدستور فى ١٠/١٩٧٤^(٢) بما يخول ستين نائباً أو ستين شيخاً، حق الطعن فى نصوص القوانين العادية قبل إصدارها.

وقد تم هذا التعديل بمبادرة من الرئيس جيسكار دستان الذى أعلنه فور انتخابه فى رسالة وجهها إلى البرلمان، متوخياً بها تأكيد الطبيعة الليبرالية لنظام الحكم من خلال دعم حقوق المواطنين وحرياتهم.

(١) لم يكن قرار المجلس الصادر فى ١٦ يوليو ١٩٧١ يبلور خطأ فاصلاً بصورة قاطعة بين الرقابة على العيوب الشكلية من جهة والعيوب الموضوعية من جهة أخرى. ذلك أن المجلس فصل قبل هذا التاريخ فى عيوب موضوعية كذلك التى تتعلق بمخالفة القانون لقاعدة عدم جواز عزل القضاة. وهى القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٦٤ من الدستور. ولكن الجديد فى تطور المجلس هو الانتقال النوعى فى مجال الرقابة من مفاهيم محدودة إلى مفاهيم شاملة.

(٢) انعقد مجلس البرلمان فى شكل مؤتمر وأدخل تعديلاً على المادة ٦١ من الدستور بالأغلبية المطلوبة. وهى ثلاثة أخماس أصوات الأعضاء الحاضرين.

وكذلك تعديل وإعادة تشكيل الروابط بين الأغلبية والمعارضة. وقد كان مشروع التعديل -في صورته الأولى- متضمناً اقتراحين:

أحدهما: أن يتولى المجلس من تلقاء نفسه، الفصل في دستورية القوانين التي يظهر كـه إخلالها بالحريات العامة التي يكفلها الدستور.

Des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la constitution.

وثانيهما: أن يكون لعدد من البرلمانيين الطعن في القوانين التي يقرها البرلمان.

إلا أن الأغلبية البرلمانية والمعارضة على حد سواء لم تقبل بالاقترح الأول بالنظر إلى ما تصوره من أنه يخول المجلس فرض نوع من الوصاية على أعمال البرلمان.

ولما الاقترح الثاني، فقد قبل بعد نقاش مثير حول عدد البرلمانيين الذين يخولهم الدستور النفاذ إلى المجلس الدستوري للطعن في دستورية القوانين.

ولما كان الأمر، فإن التعديل -في الصورة التي آل إليها- برهن على القوة المتصاعدة التي صار المجلس يحتلها، والوزن الكبير للمكانة التي حظى بها، والتي لم يعد معها ثمة محل للنظر في إلغاء وجوده أو خفض ولايته.

ومن ثم كان الحرص على دعمها علامة فارقة في تاريخه، خاصة وأن المعارضة -ومنذ إقرار التعديل- لم تكل جهداً في أن تحمل إلى المجلس، القوانين التي تقدر مخالفتها للدستور.

وهي بموقفها هذا تعلن لجموع المواطنين عن عزمها على إرساء للشرعية الدستورية بكل الوسائل القانونية التي تعارض بها سيادة تشريعية قائمة، حتى إذا تحقق لها الفوز في نيتها على القانون مخالفته للدستور، دل ذلك على مصداقيتها، وأنها لم تقصد مجرد تجرييع الأغلبية البرلمانية لأغراض حزبية، بما يعزز مكانتها، ويزيد من اطمئنان المواطنين إليها فيمنحونها تقهم.

ولم يكن لجوء المعارضة إلى المجلس خياراً لها تأخذ به أو تطرحه. ذلك أن انتقادها بعض القوانين أثناء مناقشتها في البرلمان، كان يلزمها بالتوجه إلى المجلس للفصل في دستورتها، وإلا صار تعييبها لها ملوفاً بالأغراض السياسية.

وكثيراً ما ضاق المجلس بالمطاعن التي غلفتها الأهواء السياسية، وقرر في وضوح أن المراجعة القضائية التي يباشرها لا تتوخى تعويق المسطرة التشريعية، أو تعطيل مباشرتها لوظائفها، وإنما ينحصر هدفها في ضمان اتفاق القوانين التي نقرها مع الدستور^(١).

وكان الفقهاء كذلك أحد العوامل المؤثرة في نشاط المجلس، كلما كان سعيهم لتطويره موديد إلى انفتاح آفاق جديدة لاجتهاداتهم التي يقومون فيها بتحليل قضاء المجلس من منظور القيم الجديدة التي كفلها، والمفاهيم الدستورية التي أرساها، والحقوق التي تستنبط منها، ومن أن الدستور صار وثيقة قانونية تفرض منطقها على فروع القانون جميعها^(٢).

ومنذ أن أصدر المجلس قراره في ١٦ يولييه ١٩٧١ في شأن حرية الاجتماع، نظرت الصحافة إلى المجلس باعتباره ملاذاً أخيراً للشرعية الدستورية، وصمام أمن في مواجهة طغيان السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومناراً لطلابهم في العمل، ولم يكن دور الصحافة في ذلك محدوداً.

(١) C.C. 85- 197 D.C., 23 aout 1985, R.p. 70.

(٢) Louis Favoreau, L'apport du conseil constitutionnel au droit public, Pouvoirs 1980, no. 13, p. 23.

المبحث السابع

لا مكان للرقابة اللاحقة حتى اليوم في فرنسا

٣٢٨- كان الرئيس فرانسوا ميتران قد أعلن في ١٤ يوليو ١٩٨٩ - أمام رجال الصحافة - عن اعتقاده بضرورة تعديل الدستور بما يخول كل مواطن حق الطعن في دستورية القوانين إذا قدر إخلالها بحقوقه الأساسية *S'il estime ses droits fondamentaux méconnus*.

وقد حرص مشروع التعديل على ضمان تحقيق الرقابة القضائية اللاحقة من خلال مبدئين:

أولهما: الطعن غير المباشر في القوانين بعد العمل بها. ثانيهما: التصفية الثنائية للدفع بعدم دستورتيتها *La saaine indirecte et un double filtrage*.

ففيما يتعلق بالطعن غير المباشر في القانون، لم يخول مشروع التعديل كل شخص -طبيعياً كان أم معنوياً، وطقياً أم أجنبياً، من القطاع العام أو الخاص- حق اللجوء مباشرة إلى المجلس للطعن في دستورية قانون بعد صدوره. وإنما يتعين أن يكون هذا الطعن من المسائل الأولية التي يرتبط الفصل فيها بالفصل في نزاع قائم إذا قدر القاضي تطبيق هذا القانون فيه.

ومن ثم كان حق الطعن مكفولاً لكل شخص كان طرفاً في نزاع يبنى الفصل فيه من خلال وسيلة دفاع جديدة يبدئها، ويؤمن بها حقوقه الأساسية التي أخل بها القانون المطعون فيه، سواء أقر البرلمان هذا القانون قبل أو بعد ١٩٥٨.

وقد دل مشروع التعديل بإحالة إلى حقوق الشخص الأساسية التي أخل بها القانون المطعون فيه، على أن مضمون القانون هو محل الدعي، وأن الأشكال التي يجب أن يفرغ القانون فيها، وكذلك مجاوزة ضوابط الفصل بين المجال المحجوز لكل من القانون واللائحة، يتعين استبعادها من نطاق الرقابة القضائية اللاحقة.

وفيما يخص تصفية الدفع بعدم دستورية القوانين على مرحلتين، فإن البين من مشروع التعديل أن أولاهما تتم أمام المحاكم العادية في الأعم من الأحوال^(١) التي يتعين عليها أن تتحقق

(١) عملاً بمشروع التعديل، يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جهة التحقيق أو أمام جهة الحكم إدارية كانت أو قضائية.

من أن القانون المدفوع بعدم دستوريته، يرتبط بالازعاع المعروض عليها؛ ومن أن المجلس الدستوري لم يكن قد قضى من قبل بمطابقة هذا القانون للدستور؛ ومن أن المناعى الموجهة إلى القانون لها وجاهتها، فلا تبدو مفترقة إلى أسسها بصورة واضحة و**Ne paraît pas manifestement infondée**.

فإذا ظهر للمحكمة تحقق هذه الشروط جميعها، كان عليها أن تحيل المسائل الدستورية التي أثارها الدفع المطروح عليها، إما إلى مجلس الدولة أو إلى محكمة النقض على ضوء طبيعة هذه المسائل، وما إذا كانت تدخل في اختصاص هذه الجهة أو تلك.

وتفصل كل من هاتين الجهتين -في حدود ولايتهما- في الدفع بعدم الدستورية المحالة إليها خلال ثلاثة أشهر على الأكثر.

فإذا بان لها جديتها *Le caractère sérieux*، أحالتها إلى المجلس الدستوري ليقرر خلال ثلاثة أشهر كذلك صحة القوانين المطعون عليها أو مخالفتها للدستور.

فإذا قرر مطابقتها للدستور، فإنها تستعيد قوة سريانها التي كان الدفع قد أوقفها. فإن كان قرار المجلس هو مخالفتها للدستور، تعين الامتناع عن تطبيقها.

٣٢٩- وقد كان لمشروع التعديل بعض المزايا أهمها عدم إيقال كاهل المجلس بطعون لا طائل وراءها، ولا فائدة منها بالنظر إلى خلوها من العناصر التي تكفل جديتها.

فلا تعطل الدفع بعدم الدستورية عمل المجلس، ولا تعتبر عبئا على إجراءات التقاضي، خاصة على ضوء ما قرره المشروع من وجوب الفصل في هذه الدفع خلال الأجل القصيرة التي عينها. فضلا عن ضمان استقرار المراكز القانونية بالنظر إلى سريان قضاء المجلس بأثر مباشر، فلا يكون رجوعاً في أثره.

٣٣٠- على أن مشروع التعديل أثار ردود فعل حادة بين المعارضين للرقابة اللاحقة، وكان هذا المشروع كذلك معيياً من مناح متعددة أهمها:

١. أقام مرحلتين لتصفية الدفوع بعدم الدستورية؛ إحداهما قاضي الموضوع، وآخرهما محكمة أعلى هي محكمة النقض أو مجلس الدولة للذين يختصان وحدهما - وبصفة نهائية - بتقية الدفوع بعدم الدستورية فصلاً في جديتها.

٢. أن القضاة الذين يقرون جدية الدفوع بعدم الدستورية في هاتين المرحلتين، إنما يفصلون بطريق غير مباشر في مسائل دستورية، ولو من وجهة مبدئية.

٣. أن محكمة النقض ومجلس الدولة، قد يتناولان في مبلهما إلى إحالة المسائل الدستورية إلى جهة الرقابة على الدستورية، فقد تكون إحداهما أقل رغبة في ذلك. وقد يعمدان كلاهما إلى تفويض فرص اتصال هذه الجهة بتلك الدفوع.

٤. أن مشروع التعديل يقضي بأن المسائل الدستورية التي فصل فيها المجلس الدستوري عن طريق الرقابة السابقة، لا يجوز طرحها من جديد من خلال الرقابة اللاحقة.

وهو ما قد يدفع البرلمانيون إلى الطعن في كل القوانين قبل إصدارها توفيقاً لمرضها من جديد ومن خلال الدفوع بعدم الدستورية - على هذا المجلس.

٥. أن المعارضة البرلمانية قد تتخلى بنفسها وبارادتها عن الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها حتى توفر للمواطنين فرص النيل بصفة مباشرة من الأغلبية البرلمانية من خلال الدفوع بعدم الدستورية التي يبدونها بعد العمل بالقانون.

وأياً كان مضمون هذا التعديل، فقد انتقده بعض الفقهاء ورجال السياسة الذين تحفظوا عليه. بل وعادوه لضعفه الرقابة اللاحقة التي يعارضونها ولا يتقبلون بها؛ ولأن المواطنين قد يحركون الرقابة اللاحقة بعد سنين من صدور القانون، بما يخل باستقرار المراكز القانونية ويجعل الآثار التي رتبها القانون قبل الحكم بعدم دستوريته، ركماً.

فضلاً عن أن الرقابة اللاحقة - في صحيح صورتها - يستحيل مزاجتها بالرقابة السابقة، ولا أن يعملوا معاً. ذلك أن تماسكهما منفرد، وتعايشهما غير متصور.

فالقانون الواحد قد تطهره الرقابة السابقة، فلا يجوز بعد تطهيره أن يوصم -من خلال الرقابة اللاحقة- بالبطلان. وهو ما يعنى تأكلها وأن يقتصر مجال عملها على القوانين التي لم تتناولها الرقابة السابقة.

وحتى وإن قيل بجواز الطعن في القوانين التي طهرتها الرقابة السابقة، فإن القانون الواحد يتغير مصيره تبعاً لنوع الرقابة التي تتصل به، وفي المرحلة الزمنية التي تقع فيها. فلا يكون للقانون الواحد صورة واحدة لا تتبدل، بل ينتقل من الصحة إلى البطلان، أو من البطلان إلى الصحة.

٣٣١- ولكن المؤيدين للمشروع استغفروا كل حجة يرون صوابها في الدفاع عن حق الشخص في الطعن في دستورية القوانين. وسألوا لذلك براهين حاصلها أن الرقابة اللاحقة تكمّل الرقابة السابقة، وتسد بالتالي فراغاً قلما في الرقابة على الشرعية الدستورية، وأن فضلها على الرقابة السابقة، يتمثل في أن مراقبة دستورية القوانين قبل إصدارها، تتحل في حقيقتها إلى رقابة مجردة لا شأن لها بالآثار المترتبة على تطبيقها، أو هي في أحسن الفروض رقابة على القوانين قبل إصدارها مع تصور آثار تطبيقها واحتمالاته.

كذلك قد تطهر الرقابة السابقة القانون في مجموع أحكامه، ثم تظهر مخالفة بعضها للدستور من خلال تطبيقها؛ إما لم يزلها في أحوال لم توقعها السلطة التشريعية، أو تخيلها الجهة التي تبشر الرقابة السابقة؛ وإما لأن القواعد الدستورية التي كانت تحكم هذه النصوص، قد طرأ عليها نوع من التطور أخرجها عن الصورة الأولى التي كانت لها.

وبعبارة موجزة، فإن تطبيق القوانين عملاً -لا تخيل صور تطبيقها- هو الذي يتيح الفضل الفرص لمبر أغوارها. فلا يكون الحكم بدستوريتها أو مخالفتها للدستور، مجانباً الحق في الأعم من الأحوال.

أما الرقابة السابقة، فإن ضمانها لحقوق الأفراد وحرياتهم، غير كامل، لأنها لا تواجه بالجزاء صوراً من تطبيق القوانين المعمول بها تتصادم بها مع الدستور.

ويعيها كذلك أن الذين يملكون تحريكها هم الطبقة السياسية التي يمثلها رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أو ستون نائباً أو ستون شيخاً.

وهذه الطبقة السياسية قد تتضامن فيما بينها من خلال تحالفاتها وانتقالاتها السرية والجانبية واهتماماتها السياسية، أو لغير ذلك من العوامل. فلا تَطْعَنُ في القوانين قبل إصدارها بالرغم من عيوبها الدستورية الخطيرة والواضحة، بما يعطل الرقابة على الدستورية لتواطئها على إيراد أبوابها. ولا ضمان بالتالي لمواجهة حالة الحصار هذه التي يحال بها بين جهة الرقابة ومباشرة مهامها، غير تقرير حق كل مواطن في إثارة الرقابة اللاحقة على القوانين.

ذلك أن المواطنين لن يترددوا في تجريح قوانين يرون مخالفتها للدستور، ويقدرُونَ أن تطبيقها خلا من كل جزاء يردها إلى صوابها. فلا تخالطهم نزوع السياسة وسوءاتها. إذ هم أحرص من غيرهم على تقويم اعوجاجها من خلال نظرة محايدة لمضمونها.

كذلك فإن الرقابة السابقة على القوانين التي يبلّغها المجلس الدستوري تنتم بتمسرعها، إذ عليه أن يفصل في دستوريّتها خلال ثلاثين يوماً، أو بما لا يجاوز ثمانية أيام في أحوال الاستعجال، فلا يكون سيره لأغوارها، محيطاً بجوانبها.

فضلاً عن أن الرقابة السابقة تعصم القوانين التي طهرتها من فرض رقابة لاحقة عليها للفصل في دستورية أحكامها بعد العمل.

بل إن الرقابة السابقة تخول للقائمين على تنفيذ القوانين المحكوم بدستوريّتها، الحق في تطبيقها بالطريقة التي يرونها. ومن ثم تتعدد تأويلاتها على ضوء الزاوية التي ينظر منها كل منهم إلى هذه القوانين. فلا يعطيها غير المعاني التي يستصوبها بعد أن اطمأن إلى تلعبها بقوانين لم يعد يجوز لسلطة نهائية أن تنسرها، وأن تحكم عليها بعد تفسيرها لها.

وتلك عيوب تنجرد منها الرقابة اللاحقة، التي لا يتقيد الفصل في دستوريّتها بعد العمل بسها بمدة جامدة حددها الدستور سلفاً، ولا بطبقة سياسية يكون بيدها وحدها حق النقي عليها بعدم الدستورية، حتى وإن جاز القول بأن المعارضة -وعلى الأقل في الدول الديمقراطية- يمنحها ألا

تظل القوانين المعيبة قائمة، ولها بالتالي -ومن خلال الرقابة المباشرة على هذه القوانين - مصلحة محققة في تنقيتها من شوائبها.

٣٣٢- على أن مشروع تعديل الدستور الذي يخول الشخص حق الطعن غير المباشر في القوانين المعمول بها، لم يظفر بالأغلبية البرلمانية المطلوبة لإقراره؛ ويقرر بالتالي في مهده.

الفصل العشرون

الرقابة القضائية اللاحقة A posteriori أو القامعة Repressif

أولاً: مضمون الرقابة اللاحقة وأهدافها

٣٣٣- ويقصد بها الرقابة على القوانين بعد إصدارها، سواء كان القانون المطعون عليه معمولاً به في دولة بسيطة، أو صادراً في دولة مركبة. وهي بعد رقابة غايتهما ضمان سيادة الدستور في كل الأوقات، فلا تتقيد مباشرتها بزمان دون آخر. وهي كذلك ضمان لحقوق الأفراد وحررياتهم من خلال فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية لو بعد العهد على العمل بالقانون المطعون فيه.

ولئن قيل بأن صون سيادة الدستور وحقوق الأفراد وحررياتهم، هو ما تتوخاه كذلك الرقابة السابقة A prior، إلا أن هذه الرقابة عيبها أن كثيرين يظنون إليها باعتبارها رقابة سياسية فسي طبعيتها^(١) وأن أجلاً قصيراً تحيطها، وأن الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها قبل إصدارها، يتعين أن يتم خلال آجال قصيرة، تخفض في حالة الاستعجال، فلا تتوافر لجهة الرقابة، المهلة الكافية لإمعان النظر فيها.

وهي بذلك رقابة لا تسبر أغوار هذه النصوص، ولا تتعمق جوابها، حتى وإن ظل القانون المطعون عليه على ضوئها، موقوفاً إلى حين الفصل في دستوريته.

كذلك أن توجد الرقابة اللاحقة إلى جانبها. ذلك أن الرقابة السابقة تستتفد كل مراجعة قضائية للقوانين محلها، فلا يعاد النظر في دستوريته من جديد بعد العمل بها، بما يجعل هاتين الرقابتين غير متصور Inconciliable واحتمال تعارضهما قائماً.

فضلاً عن أن تسليط الرقابتين السابقة واللاحقة على النصوص القانونية ذاتها، يحمل فسي ثابهاً مخاطر الفصل في مشروعيتها الدستورية على ضوء معايير مختلفة، خاصة وأن الرقابة السابقة لا تتعلق بمشروع قانون، ولكنها تتناول قانوناً أقرته السلطة التشريعية. ولم يبق غير إصداره ونشره في الجريدة حتى يكتمل وجوده قانوناً.

(١) Annuaire International de Justice Constitutionnelle, Economica, 1985, p.86.

أما الرقابة اللاحقة، فإن موضوعها هو القانون بعد أن خبره للتطبيق، وأظهر العمل صوراً من العوارض فيه كانت خافية قبل العمل به. ومن ثم تنتم الرقابة اللاحقة بمواجهتها للقانون المطعون عليه بعد أن دخل مرحلة التنفيذ، وتحدثت آثاره على صعيد تطبيقها العملية، وبيان للكافة نطاق مزاياها، أو قدر الأضرار التي لحقتها بالمخاطبين بها. ومن ثم تنتم الرقابة اللاحقة بمرونتها وحيويتها بالنظر إلى مباشرتها وفق الحقائق المعاصرة وعلى ضوء القيم الجديدة التي تفرض نفسها على القوانين بعد إصدارها، ولو كان إعمال هذه القيم يناقض تلك التي كانت تحكم هذه القوانين وقت إقرارها.

ثانياً: لوجه النقد الموجهة للرقابة اللاحقة

٣٣٤- وما يقال من أن الرقابة اللاحقة بطيئة بطبيعتها، وأنها تدخل باستقرار أوضاع نظمها القوانين المعمول بها، مردود أولاً: بأن المسائل الدستورية معقدة بطبيعتها بالنظر إلى تعدد عناصرها وتشابكها واتصالها بمصالح حيوية ينبغي وزنها بالتوسط يحتم مباشرتها في إطار نظرة هادئة تحيط بها.

ومردود ثانياً: بأن قدم العهد على قوانين اطر تطبيقها ربحاً من الزمن، لا يجوز أن يصححها، ولا أن يحول دون مراجعتها^(١).

ومردود ثالثاً: بأن القوانين التي تبطلها الجهة القضائية بعد العمل بها، تزول -عادة- كل الآثار التي رتبها بأثر رجعي يرتد إلى لحظة ميلادها، ليستعيد الأفراد كامل حقوقهم التي أخلفت

(١) من المقرر قانوناً أن عنصر الزمن وحده لا يجوز أن يكون قيدا على الطعن بعدم دستورية القوانين. فليكن كذا قضى ببطل قانون بعد عشرين عاماً من العمل به - Gerald A. Beaudoin, la Constitution du Canada, 2e tirage, révisé 1991, p. 170 وأبطلت محكمتها العليا القدرة القانونية القوانين المعمول بها في مقاطعة Manitoba منذ عام ١٩٨٥ بالنظر إلى صياغة موادها، لا باللغتين الفرنسية والإنجليزية -هما اللغتان الرسميتان في كندا- بل بلغة وحيدة هي اللغة الإنجليزية. ورغم إبطال المحكمة العليا لهذه القوانين جميعها إلا أنها أبقتها قائمة لضمان استقرار الأوضاع المرتبطة بتطبيقها، على ألا يجسأوز العمل بها لفترة الزمنية التي حددتها هذه المحكمة، والالتزمة كحد أدنى لترجمتها إلى هاتين اللغتين في أن واحد.

Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba. [1985] R.C.S. 721.

بها هذه القوانين، وكأنها لم تصدر. وهي بعد حقوق طبيعية لا تتقدم ولا يجوز النزول عنها أو إسقاط الحق فيها^(١).

٣٣٥- وقد كان إيلاء الاعتبار الخاص لحقوق الأفراد وحرياتهم، الخلفية التاريخية لنص المادة ٥٧ من الدستور الدائم المعمول به في مصر والتي تقضي بأن العدوان عليها يعتبر جريمة لا تمسك الدعوى الجنائية في شأنها بالتقدم. وهو ما يؤكد حقيقة أن هذا العدوان، خطير في نتائجه وأن إنهاء آثاره من فرائض الطبيعة الإنسانية لهذه الحقوق وتلك الحريات التي لا يجوز الإخلال بها، وإلا انفرط وجود الجماعة، وأخط بها التمرد أو العصيان.

وإذا كان الدستور في مصر -ومن خلال نص المادة ٥٧ المشار إليها- قد جرم العدوان على حقوق الفرد وحرياته إذا كان الإخلال بها ولحقاً من خلال أعمال مادية، فإن ضمانتها من خلال تقويم اعوجاج القوانين التي تنظمها، يكون أولى بالرعاية وأحق بالحماية.

ثالثاً: محل الرقابة القضائية لللاحقة على دستورية القوانين

٣٣٦- محل هذه الرقابة أصلاً، هو النصوص القانونية جميعها أياً كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الحقوق التي تتعلق بها. وقد نتناول هذه الرقابة أعمالاً لا تصدر عن السلطة في مواقعها المختلفة، ولكنها تتلون برديتها لتظهر بمظهرها.

كذلك تفصل جهة الرقابة في دستورية النصوص القانونية، أو في الأعمال التي تأخذ حكمها، على ضوء أحكام الدستور بتمامها. وهذا هو الأصل. بيد أن نطاق هذه الرقابة وقد يتعلق بأجزاء بذواتها من الدستور، كذلك التي تتصل بتقسيم السلطة أو توزيعها، دون سواها. مثلاً هو

(١) نص المادة الأولى من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الاتحادية على أن كرامة الإنسان لا يجوز انتهاكها وتحميها الدولة، وأنه من أجل ذلك يؤكد الشعب الألماني احترامه لحقوق الإنسان وضمانه لعدم جواز الإخلال بها أو النزول عنها كأساس لتكوين كل مجتمع، ولصون قضية السلم والعدالة في العالم. ونص هذه المادة ينفي أن للكرامة الإنسانية مصدر حقوقه وحرياته جميعها. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية الألمانية بوصفها كرامة الإنسان بلحا أعلى القيم الإنسانية، والغاية النهائية للنظام الدستوري، وأساس كل الحقوق التي يضمنها القانون الأساسي لألمانيا.

الحال في محكمة التحكيم البلجيكية la cour d'arbitrage التي تنحصر ولايتها في الفصل في المسائل الدستورية المتعلقة بعملية تقسيم الاختصاص وتوزيعه فيما بين الدولة ووحداتها الإقليمية.

وتبليّث بعض الدول كالبرنغال نوعي الرقابة على الدستورية، المراقبة واللاحقة معا.

رابعاً: خصائص الرقابة القضائية اللاحقة

٣٣٧- وفي الدول الفيدرالية، تخضع لساتير ولايتها وتشريعاتها، لدستور الاتحاد وللقوانين الاتحادية.

كذلك تنقسم الرقابة اللاحقة بأن القرارات التي تصدرها الجهة التي تباشرها في شأن المسائل الدستورية التي تنصل فيها، لا تكون حجيتها نسبية مقصورة على أطرافها inter partes، ولكنها تتعداها إلى الدولة بكل أفرعها وتظلماتها بما يجعل حجيتها مطلقة Igra omnes.

وما يقال من أن لقراراتها هذه قوة القانون، محل نظر، ذلك أن جهة الرقابة لا تلغي قوانين قائمة. ولكنها تجرد القوانين التي تقضى بعدم دستورتها من قوة نفاذها، فلا يكون تطبيقها بعد ذلك متصوراً.

خامساً: آثار الحكم بعدم الدستورية

٣٣٨- تنقسم الرقابة اللاحقة كذلك، بأن القرار أو الحكم القضائي بعدم الدستورية الصادر عن الجهة القضائية، إما أن ينفذ اعتباراً من تاريخ صدوره Ex nunc^(١)؛ وإما أن ينفذ اعتباراً من لحظة زمنية تالية لتاريخ صدوره Pro futuro؛ وإما أن يكون لقرار هذه الجهة أو للحكم الصادر عنها بإبطال نص قانوني، أثر رجعي. فلا يكون لهذا النص من وجود منذ إقراره Ex tunc. وهو ما ينبغي أن يكون الأصل في القرار أو الحكم الصادر بإبطال نصوص قانونية قائمة. ذلك أن إبطالها ليس صفة عارضة تلحقها، ولا هو بعنصر جديد يضاف إليها؛ وإنما هو تركيز لحالتها التي كانت عليها ابتداء عند إقرارها Ab initio، وهي حالة يكشفها الحكم أو للقرار بلا زيادة أو نقصان.

(١) يعتبر الدستور النمساوي نموذجاً للأحكام بعدم الدستورية التي لا تسري إلا اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، أو على الأكثر بعد سنة من تاريخ هذا النشر

بيد أن الجهة القضائية قد تحل من الأثر الرجعي لحكمها أو لقرارها بإبطال نص قانوني لاعتبار يتعلق ببواعي العدل والاستقرار، وبناء على نص في الدستور أو في قانون إنشائها، فلا يكون هذا القرار أو الحكم رجعياً في كل الأحوال، بل يتغير نطاق سريانه، خاصة إذا كان الدستور لا يتضمن حكماً في شأن الرجعية، سواء بحظرها أو بإقتضاها.

وقد يخول الدستور الجهة القضائية بأن تقرر في حدود سلطتها التقديرية، أثراً رجعياً لحكمها بعدم الدستورية، مثلما هو الحال في النمسا بعد تعديل دستورها في عام ١٩٧٥. ولها كذلك أن تأمر في حدود سلطتها التقديرية، بأن تبقى نافذة، القوانين التي ألغتها.

والقاعدة المنفوخ بها في ألمانيا الفيدرالية وأستراليا والبرتغال، هي أن للحكم الصادر عن محاكمها الدستورية أثراً رجعياً تلقائياً في نطاق النصوص الجنائية التي قضى بمخالفتها للدستور.

وتقرر المحكمة الدستورية الألمانية في بعض الأحيان أن الحكم بعدم الدستورية، بعدم النصوص المطعون عليها اعتباراً من لحظة ميلادها ABINITO.

وأحياناً أخرى تقتصر على مجرد تقرير عدم تطابق النص مع الدستور بما يوحى بسريران حكمها اعتباراً من تاريخ صدوره^(١).

(١) ويتعين على كل محكمة ألمانية تقرر أن قانوناً فيدرالياً أو قانوناً لولاية لازم للتصل في القضية المطروحة عليها، قد صدر مخالفاً للقانون الأساسي، أن تحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية. ولا يلزم بالتالي لإجراء هذه الإحالة، أن يكون أحد الخصوم قد أثار المسألة الدستورية المتصلة بالنزاع الموضوعي. بل يكفي لإجرائها افتتاح قاضي الموضوع بشبهة مخالفة قانون يرتبط تطبيقه بالنزاع المعروض عليه، للدستور.

ويتعين أن يوقع على قرار الإحالة، قضاء المحكمة الذين واقتوا عليه، وأن يرافق به بيان بالنص القانوني المدعى مخالفته للدستور؛ ونص الدستور للمدعى لإدارته؛ مع إيضاح الصلة القائمة بين النص المطعون عليه من جهة؛ والنزاع الموضوعي من جهة ثالثة.

وللمحكمة الدستورية أن ترفض الفصل في المسألة الدستورية إذا بان لها أن افتتاح قضاء المحكمة المحلية بعدم دستورية القانون المحال غير مبرر؛ أو أن النزاع الموضوعي يمكن الفصل فيه بخير الفصل فسي المسألة الدستورية المحالة إليها.

ويجب أن تمثل السلطة تغييرالية في أعلى مستوياتها أو حكومة الولاية حسب الأحوال أمام المحكمة الدستورية الألمانية، وأن يتاح للخصوم الذين ظهروا في مراحل النزاع الأولى، تقديم مذكراتهم المكتوبة لمعوض وجهة نظرهم.

وفي البرتغال، يدخل دستورها جهة الرقابة على الدستورية مرونة مطلقة تحد بها من رجعية أحكامها، سواء كان ذلك لمصلحة الاستقرار القانوني؛ أو لإعمال ضوابط تنتم بإتصافها، أو لتحقيق مصلحة عامة^(١).

وهذه المرونة هي التي تكفل لجهة الرقابة على الدستورية مواجهة الأوضاع الواقعية القائمة، وتقرير ما يناسبها من الحلول التي تستصوبها في حدود سلطتها التقديرية. وهي سلطة زمامها بيدها، فلا يفرض أحد عليها أية قيود في شأن ممارستها.

(١) Albrecht Webber, le controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays d'Europe occidentale. Perspective comparative, Annuaire International de justice constitutionnelle, Economica, 1985 volume (1), pp. 51.57.

الفصل الحادي والعشرون

الرقابة القضائية على الدستورية في صورتها المجردة

Abstract judicial Review

أولاً: مفهوم الرقابة المجردة

٣٣٩- وإذا كانت الرقابة بطريق الادفع، تعتبر وسيلة دفاع متاحة لكل خصم في نزاع موضوعي إذا ووجه بقانون يراد تطبيقه على هذا النزاع، وكان يراه مخالفاً للدستور؛ فإن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية لا شأن لها بنزاع موضوعي. وإنما هي في واقعها رقابة لمصلحة الدستور، شأنها في ذلك شأن صور الرقابة لمصلحة القانون المعمول بها في مصر في إطار الطعن بالنقض^(١). ذلك أن هذه الرقابة هي التي يحمل معها الطاعن قانوناً يراه مخالفاً للدستور إلى المحكمة الأعلى في بلده^(٢)، بالشروط المنصوص عليها في الدستور. وهي بذلك رقابة لها فعاليتها إذ يصير للقانون بمقتضاها باطلاً عديم الأثر في مواجهة للكافة. ومن ثم يفيد المواطنون جميعهم من الحكم بإبطال هذا القانون؛ فلا يتجدد النزاع حوله من جديد.

بيد أن الرقابة بطريق الدعوى الأصلية، وإن كان مرغوباً فيها من الناحية القانونية باعتبارها قاطعة في دستورية القانون، ولا تقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيقه؛ إلا أنها تفرض محيطاً سياسياً هائلاً. وقد يتدخل البرلمان بقوانين دستورية لتعطيل أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية مثلاً هو الحال في النمسا التي أعجز البرلمان محكمتها للدستورية عن العمل، وشمل حركتها من خلال هذه القوانين.

(١) وفقاً لنص المادة ٢٥٠ من قانون المرافعات، يجوز للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية -أيما كانت المحكمة التي أصدرتها- إذا كان الحكم مبنيًا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية:

١- الأحكام التي يجوز للقانون الخصوم الطعن فيها

٢- الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.

و يرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام. وتنتظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم.

و لا يفيد الخصوم من هذا الطعن.

(٢) سواء كانت هذه المحكمة داخلية في نطاق تنظيم جهة القضاء العادي؛ أم كانت محكمة دستورية مخصصة.

فضلاً عن أن تحويل الدعوى الأصلية بعدم الدستورية لكثيرين يفيدون منها، مؤداه تراحم القضايا وتراكمها على قضاء الشريعة الدستورية. فإذا قلل الدستور من فرص اللجوء إليها، حدد ذلك من فائدتها العملية، وقصر من فعاليتها.

٣٤٠- وبينما يشترط في بعض الدول للفصل في الخصومة الدستورية، أن تتعلق بنزاع من طبيعة حادة وحقيقية -لا متوهمة أو فرضية- فإن المحكمة للدستورية الألمانية قد تفصل في شكوك أو في تطاحن آراء حول دستورية قانون فيدرالي أو قانون صادر عن الولاية بناء على مجرد طلب يقدم إليها سواء من الحكومة الفيدرالية أو من حكومة الولاية أو من ثلث أعضاء البوندستاغ، وهو السلطة التشريعية المركزية. ولكل من هؤلاء -رغم صلاحياتهم- أطرافاً في الخصومة الدستورية- أن يطرحوا من خلال منكراتهم المكتوبة، وجهة نظرهم في شأن القانون المطعون عليه. وقد يساندونهم بمرافعتهم الشفهية التي تقبلها المحكمة خلافاً للأصل في إجراءاتها.

وتفصل المحكمة في دستورية القانون المعروض عليها على ضوء ضوابط موضوعية لا تتحاز فيها لا إلى حقوق شخصية يطالبها أفراد منها، ولا إلى وجهة نظر الجهة التي كان الطلب المقدم منها إلى المحكمة الدستورية، محرراً للطعن في دستورية القانون؛ وإنما تنحصر مهمة هذه المحكمة في أن تستخلص بنفسها معاني الدستور وتطبقها على القانون المعروض عليها.

وهي تباشر في هذا الإطار حرية تقصى كل واقعة كل لها أثر في تشكيل هذا القانون، وكذلك كل حجة ودفاع يتصل به.

ثانياً: أهمية الرقابة المجردة أو ضرورتها

٣٤١- وتبدو أهمية هذه الرقابة وحيويتها في أن الطعن في القانون، ما أن يتصل بالمحكمة الدستورية حتى يصير النزول عن هذا الطعن غير جائز إلا بإذنها. وهو ما يعضد استقلالها ويجعلها متحدتاً باسم الجماهير، ولمصلحتهم، حين تدعوها الضرورة إلى ذلك^(١).

وللرقابة القضائية المجردة بعض تطبيقاتها كذلك في دول كليباليا. ويغض النظر عن أوجه النقد الموجهة إليها والتي تتمثل في تكس القضايا وتراكمها أمام قضاء الشريعة الدستورية،

(١) Donald P. Kammsers. The Constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany 1997, p. 13-14.

وإغراقهم بالتالى فى فيض من القوانين التى يكلفون بالفصل فى دستورتها، وفى أنها قد تكون مدخلا إلى عرض طعون بعدم الدستورية لا قيمة لها، أو تحركها النزوة الشخصية؛ إلا أن هذه الصعوبة يمكن حلها من خلال تشكيل لجنة داخل المحكمة الدستورية العليا تكون مؤلفة من ثلاثة من قضاتها، يفحصون ما يكون من هذه الطعون جدياً، شأنهم فى ذلك شأن دوائر فحص الطعون فى الدرجة الأعلى من المحاكم، وشأن محكمة الموضوع ذاتها التى تقوم بتصفية الدفوع بعدم الدستورية التى تثار أمامها، فصلاً فى جديتها من وجهة نظر أولية.

ثالثاً: مزيا الرقابة المجردة أو هوائها

٣٤٢- ونظال للدعوى الأصلية -بعد تحديد نطاقها على النحو المتقدم- أكثر اقتراباً من حقيقة المهام التى يتولاها قضاء الشرعية الدستورية. ذلك أن الدستور ما أقامهم على مباشرة ولايتهم هذه إلا لضمان سيادة الدستور من خلال إبطال النصوص القانونية التى تتناقض أحكامه. وهى بذلك ضمان مطلق للشرعية الدستورية من أوجه عديدة أهمها:

أولاً: أن القوانين التى تبطلها الرقابة المجردة، يزول كل أثر لها، فلا يبقى لها مكان فى الحياة القانونية. وذلك على نقيض الرقابة بطريق الدفع التى يقتصر أثرها -أصلاً- فى بعض الدول -كالولايات المتحدة الأمريكية- على إبطال القانون المناقض للدستور فى مجال تطبيقه بالنسبة إلى المدعى فى الخصومة الدستورية *As applied to the respective party*.

ثانياً: أن الرقابة المجردة تطو بالقيم التى احتضنها الدستور إلى حد فرضها على كل قلنون يخالفها. وهى قيم لا يجوز تطبيق نفاذها على خصومة موضوعية ترتبط بها الخصومة الدستورية، بما يجعل المصلحة الشخصية المباشرة دائرة بين هاتين الدعويتين^(١). وهى مصلحة لا تحركها غير الأضرار الشخصية والمباشرة التى ألحقها القانون المظنون فيه بالمدعى فى الخصومة الدستورية. فلا تكون هذه الخصومة غير طريق لرد هذه المضار.

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا فى قضاء مطرد بأن المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى الدستورية هى التى ترتبط عقلاً بالمصلحة فى الدعوى الموضوعية بحيث يؤثر الحكم فى الدعوى الدستورية فى الحكم فى الدعوى الموضوعية.

ثالثاً: أنه وإن جاز القول بأن السلطة القضائية بكل أفرعها، لا تفصل في غير خصومة قضائية بتغيا المدعى برفعها الحصول على منفعة يقرها القانون حتى لا تتخذ موطناً للدفاع عن مصلحة نظرية عقيمة لا طائل من ورائها؛ إلا أن ثمة حقيقة لا يجوز إنكارها، هي أن السلطة القضائية لا تميل بوجه عام إلى عرض المسائل الدستورية على قضاء الشرعية الدستورية الذين تخطر إليهم السلطة القضائية وكأنهم غريباء يقتحمون محرابها لانتقاص ولايتها. وتلك جميعها مخاطر لا تدفعها إلا للدعوى الأصلية بعدم الدستورية التي لا تحركها المصلحة الشخصية والمباشرة، وإنما توجهها المصلحة في ضمان سيادة الدستور، وهي مصلحة حقيقية وموضوعية.

هي مصلحة حقيقية لأن سيادة الدستور تمثل الضمان النهائي لخضوع الدولة للقانون بما يكفل ديموقراطية تصرفاتها.

وهي مصلحة موضوعية، ذلك أن قضاء الشرعية الدستورية لا يطبقون قواعد ترك الخصومة على المسائل الدستورية التي تثيرها الدعوى الأصلية بعدم الدستورية؛ وإنما يظل هذا الفصل بأيديهم بوجهونها، وفق قواعد محايدة في مضمونها، ولأغراض يظنها الدستور بالعمالية، وبمعايير لا تخلطها النزعة الشخصية للخصوم في الدعوى الدستورية.

رابعاً: موقف المحكمة الدستورية العليا من الدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٣٤٣- أطرّد قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن المشرع لم يجز للدعوى الأصلية بعدم الدستورية كطريق للطعن على دستورية النصوص القانونية.

وهي تأكيد وجهة نظرها هذه بنص المادة ٢٩ من قانونها التي تنطق اختصاصها بالفصل في المسائل الدستورية التي تطرح عليها، على إحالتها إليها مباشرة من محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو على تغيير هذه المحكمة أو الهيئة، جديّة دفع بعدم دستورية نص قانوني يرتبط بالفصل في دستوريته، بالنزاع المعروض عليها^(١). فإذا لم تطرح هذه المحكمة أو الهيئة

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٤١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٧ صفحة ١٢٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ١٤٢ لسنة ١٩٩٦ "دستورية" - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - قاعدة رقم ٨٥ - ص ١١٨٦ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢٠ لسنة ١٩٩٦ "دستورية" - جلسة ٤ إبريل سنة ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٣ - ص ١٢٥٢ من الجزء الثامن.

برفع الدعوى الدستورية أو لم تحلها بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو كان النص القانوني، قدم مباشرة من الطاعن إلى هيئة المفوضين بهذه المحكمة، فإن دعواه في ذلك تتحل إلى طعن مباشر على هذا النص ليأخذ شكل نزاع مع هذا النص بقصد إهدار أثره مما يتعين معه الحكم بعدم قبول دعواه^(١).

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٦٨ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٩ - ص ٩٢ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ انظر كذلك ذات المبدأ في القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١١ - ص ١٢٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

الفصل الثاني والعشرون

الرقابة القضائية على الدستور في مصر

أولاً: طرائق هذه الرقابة

٣٤٤- حدد قانون المحكمة الدستورية العليا طرقاً ثلاثة لاتصال الخصومة بها وفقاً لقانونها. وهذه الطرائق جميعها منصوص عليها في المادتين ٢٧ و ٢٩ من قانونها. وتتمثلها كالآتي:

أولاً: طريق الإحالة المباشرة للمسائل الدستورية من أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، إلى المحكمة الدستورية العليا. وذلك وفقاً لحكم البند أ من المادة ٢٩ من قانونها. ويتعين أن يكون الفصل في المسائل الدستورية المحالة إليها، لازماً للفصل في النزاع المعروض على المحكمة أو الهيئة المحلية.

ثانياً: أن تقدر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، جدياً دفع بعدم دستورية نص قانوني يتعلق بالنزاع المعروض عليها ويكون لازماً للفصل فيه. ويتحدد نطاق الدعوى الدستورية بالحدود التي كُتبت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي جدياً الدفع الذي طرحه الخصم عليها. وترخص هذه المحكمة أو الهيئة برفع الدعوى الدستورية بناءً على السلطة المخولة لها بمقتضى البند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

ثالثاً: أن تواجه المحكمة الدستورية العليا بنفسها مسائل دستورية تعرض لها بمناسبة مباشرتها لاختصاص مخول لها وفقاً لقانونها، إذا كان الفصل في هذه المسائل يتصل بنزاع قائم معروض عليها، ويؤثر في نتيجته. وذلك عملاً بنص المادة ٢٧ من قانونها.

ثانياً: اتصال هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور

٣٤٥- وتتعلق هذه الطرائق جميعها بالفصل في المسائل الدستورية دون غيرها، بوصفها جوهر الرقابة التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها. كذلك تتصل هذه الطرائق بفرض كلمة الدستور، ذلك أن الخصومة الدستورية التي تقوم في جوهرها على مقابلة للنصوص المدعى مخالفتها للدستور، بالقيود التي فرضها على السلطتين التشريعية والتنفيذية. ومن ثم تكبرين

هذه النصوص ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية، فلا يكون إهدار هذه النصوص بقدر تعارضها مع الدستور، غير تحقيق للغاية التي تبتغيها هذه الخصومة.

ثالثاً: حدود هذه الرقابة

٢٤٦- ولا يجوز أن تتولى المحكمة الدستورية العليا تحقيق واقعة يدخل إثباتها أو نفيها في اختصاص محكمة الموضوع، ولو خالطها القانون، كالتفصل فيمن يعتبر قانوناً متمتعاً بالحق في الملكية، وفيما إذا كانت المرأة المعقود عليها حل لمن تزوجها؛ وما إذا كان الشقاق بين الزوجين قد استفحل أو ما إذا كان سوء معاشرة للرجل لزوجته، لا يليق بمثلها.

وتفصل المحكمة الدستورية العليا بنفسها في اتصال الخصومة الدستورية بها وفقاً لقانونها. وفصلها في ذلك سابق بالضرورة على تناولها المسائل الدستورية موضوعها^(١).

وليس لمحكمة الموضوع أن تقوم نفسها في توافر شرائط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا أو تخلفها^(٢) ذلك أن قانونها ناطق بها وحدها التحقق من توافر الشروط التي لا تقبل الخصومة الدستورية إلا بولوجها، وذلك في المادتين ٢٧ و٢٩ من هذا القانون.

ولئن صح القول بتعلق أحكام الدستور بالنظام العام. إلا أن الاحتجاج بنص في الدستور في مجال خصومة قضائية، يفترض أن تكون هذه الخصومة مستوفية ابتداء شرائط قبولها.

ولا يجوز بالتالي الخلط بين شروط اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفق الأوضاع المنصوص عليها في قانونها من جهة، وبين مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها عليها من جهة ثانية. ذلك أن المشرع ما قرر شروط التداعي أمام المحكمة الدستورية العليا إلا لمصلحة جوهرية قراها. وهي مصلحة لا يجوز التفريط فيها أو التهوين منها. وليس من شأن توافر شروط قبول الخصومة الدستورية، أن يكون مجرد رفعها موقفاً سرعان النصوص

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٥ لسنة ١٤ قضائية "منزعة تنفيذ" -جلسة أول يناير ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٢- ص ٧٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "دستورية عليا" -القضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ -القاعدة رقم ٢٤- ص ٢٧٧ وما بعدها من الجزء السادس.

القانونية المطعون عليها. ذلك أن وقفها يفيد بالضرورة إرجاء العمل بها. حال أن الأصل في هذه النصوص -حتى بعد الطعن عليها بمخالفتها الدستور- هو افتراض صحتها. ويظل تطبيقها لازماً ما لم تجردها المحكمة الدستورية العليا من قوة نفاذها. بما مؤداه أن النصوص القانونية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية العليا، لا يجوز أن يكون سريانها متراجهاً، ولا العمل بها موقوفاً^(١).

رابعاً: الدعويان الموضوعية والدستورية -حدود الصلة بينهما

٣٤٧- وتفترض الطريقتان الأولى والثانية من طرق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها، أن قرراً صدر عن أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بأن النصوص للقانونية التي تحكم النزاع المطروح عليها، تحيطها شبهة عدم الدستورية، وأن هذه الشبهة لها وجه. ويتخذ هذا القرار صورة ترخيص برفع الدعوى الدستورية خلال أجل معين. ويصدر هذا الترخيص عن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بعد دفع بعدم الدستورية بطرح عليها، ما لم تقرر هي بنفسها إحالة المسائل الدستورية مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا.

ويصدر القرار في الصورتين المتقدمتين بناء على شبهة تنشأ بها النصوص المطعون عليها من ظاهر وجهها. وهي شبهة لا يتعمق معها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، فسي حقيقة النصوص المطعون عليها فضلاً في صحتها أو مخالفتها للدستور.

وإنما تقوم هذه الشبهة إذا بأن من ظاهر هذه النصوص، أنها مخالفة للدستور. ولئن صح القول بأن المحكمة الدستورية العليا -في هاتين الصورتين- لا تستنهض بنفسها الخصومة الدستورية لأنها تأتي إليها على قدميها من محكمة أو هيئة أخرى ذات اختصاص قضائي؛ إلا أن الخصومة الدستورية تستقل في شرائط قبولها، وفي موضوعها، عن الخصومة الموضوعية، فلا تتداخلان أو مترجان، وإن كان الحكم الصادر في المسائل الدستورية، يؤثر بالضرورة في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي تحكم موضوع النزاع.

٣٤٨- وتلك هي الصلة الوحيدة بين هاتين الدعويتين. وفيما وراء هذه الصلة، تظل لكل من هاتين الدعويتين ذاتيتها، ولا يجوز لأية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، أن تنزع

(١) ص ٢٨٨ وما بعدها من الحكم السابق.

الخصومة الدستورية من المحكمة الدستورية العليا بعد دخولها في حوزتها ولا أن تمنعها من نظرها بقرار من جهتها.

ومن ثم يكون اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، حائلاً بالضرورة دون أن تفصل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي في النزاع المطروح عليها قبل أن تصدر المحكمة الدستورية العليا حكمها في شأن النص القانوني الواجب تطبيقه في هذا النزاع وهو ما يفيد لزوماً تعليق الفصل في أولاهما على ثانيتهما^(١).

٣٤٩- على أن امتناع الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الفصل في الدعوى الدستورية، يفترض قيام وجه للفصل في المسائل الدستورية. ويعتبر هذه الوجه منتقياً في الأحوال الآتية:

* زوال المصلحة في الخصومة الدستورية بعد رفعها أو تخلفها أصلاً. إذ يتعين أن يتوافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في هذه الخصومة ليس فقط وقت رفعها. وإنما كذلك عند الفصل فيها.

أن تكون للدعوى الموضوعية والدستورية قد اتجهتا معاً إلى مجرد الطعن على بعض النصوص التشريعية بغية تقرير عدم دستوريتهما؛ وإذ تكونان عندئذ متحنتين محلاً، لاتجاه أو لإهما إلى مسألة واحدة ينحصر فيها موضوعها، هي الفصل في دستورية النصوص التشريعية التي حدثتها. وهي عين المسألة التي يقوم بها موضوع الدعوى الدستورية. واتحاد هاتين الدعويتين في محليهما، مؤداه أن محكمة الموضوع أن يكون لديها ما تجل فيه بصرها بعد أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في دستورية النصوص المطعون عليها سواء بتقرير صحتها أو بطلانها. وبالتالي أن يكون الحكم الصادر عن هذه المحكمة لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية. إذ ليس ثمة "موضوع" يمكن إزلال القضاء الصادر في المسألة الدستورية عليه^(٢).

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ٩٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٤/٣/٥ - قاعدة رقم ٢٠ - ص ٢١٣ وما بعدها من الجزء السادس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٣/١/٢ - قاعدة رقم ١١ - ص ١٢٤ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة.

* أن تحل أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي مسألة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو تقدر بنفسها جدية دفع بعدم الدستورية لأثر أمامها، ثم يظهر لها أن المسألة الدستورية عنها قد تناولها قضاء سابق قطعي من المحكمة الدستورية العليا، إذ يتعين عليها عندئذ إعمال هذا القضاء. ذلك أن تطبيقها لحكم المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد لا يدخل فقط في اختصاصها، بل هو كذلك واجبها.

* أن يتخلى الخصم عن دعواه الموضوعية أو عن دفع بعد الدستورية كان قد أبداه أثناء نظرها وقد قررت محكمة الموضوع جديته. وتثير هذه الحالة صعوبة مردها أن التخلي عن الدعوى الموضوعية أو عن الدفع المثل أثناء نظرها، مؤداه استباق قضاء المحكمة للدستورية العليا في المسألة الدستورية التي تتصل بالدعوى الموضوعية. وهو ما لا يجوز. ذلك أن اتصال الدعوى الموضوعية بالمحكمة للدستورية العليا وفقا لقانونها، يجعل هذه الدعوى في قبضتها ولا يجوز أن يخرجها منها عمل يصدر عن المدعى في الدعوى الموضوعية، خاصة وأن هذا العمل كثيرا ما يكون نتيجة ضغوط تعرض لها. فضلا عن أن جواز النزول عن الخصومة الدستورية بعد رفعها، يفترض الطبيعة الشفعية للمسائل الدستورية التي تتعلق بها هذه الخصومة وهو ما يناقض حقيقتها علي تقدير أن حكم الدستور بشأنها يؤثر بالضرورة في مضمون القاعدة القانونية التي يلغى تطبيقها علي النزاع الموضوعي وهو أمر يتعلق بالنظام العام.

وكما وجه المدعي خصومته للدستورية مبتغيا بها الفصل في معائل من طبيعة دستورية فإن دوره بعد إثارتها من خلال هذه الخصومة، يعتبر منتهيا. وهو ما تؤكد الطبيعة العينية لهذه الخصومة التي لا تحكمها قواعد الحضور والغياب المنصوص عليها في قانون المرافعات. وليس في بقاء الخصومة الدستورية حتى بعد نزول المدعي عن دعواه الموضوعية أو عن الدفع بعدم الدستورية، ما يخلطها بالدعوى الأصلية بعدم الدستورية. إذ لا تزال الصلة قائمة بين الدعويين الدستورية والموضوعية. بما مؤداه أن المدعي في الخصومة الدستورية وإن كان يحركها، إلا أن مصيرها ينبغي أن يكون بيد المحكمة الدستورية العليا. ولا حق لمن رفعها في أن يقرر بقاءها أو زوالها.

خامساً: الآثار المترتبة على دخول المسائل الدستورية

في حوزة المحكمة الدستورية العليا

٣٥٠- تدخل المسائل الدستورية في حوزة المحكمة الدستورية العليا وعملاً بنص المادة

٢٩ من قانونها- عن أحد طريقين:

أولهما: ما ينص عليه البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون، من تخويل أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي السلطة التي تحيل مباشرة بها إلى المحكمة الدستورية العليا، النصوص القانونية التي تقرر مخالفتها للدستور. وعليها عندئذ أن توقف السير في النزاع المعروض عليها، وأن تحيل أوراقه إلى المحكمة الدستورية العليا بغير رسوم قضائية^(١). وهي تحيل إليها هذه الأوراق سواء لفت خصم في هذا النزاع نظرها إلى المخالفة للدستورية، أم كانت هي التي تبينتها من تلقاء نفسها.

ثانيهما: أن ترخص أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي لخصم دفع أمامها بعدم دستورية نص قانوني-ربعد تقديرها لجدية هذا الدفع- بأن يقوم خلال أجل تحدده دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا. وعليها في هذه الحالة- عملاً بنص البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تؤجل للنزاع المعروض عليها حتى تفصل فيه المحكمة الدستورية العليا، وذلك في الحدود التي قدرت فيها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي جدية الدفع الذي كان مطروحاً عليها.

وسواء تقرر تأجيل النزاع الموضوعي في الحالة المنصوص عليها في البند (ب) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أم تقرر وقفه في الحالة المنصوص عليها في البند (أ)، فإن تأجيل النزاع الموضوعي أو وقفه يتحدان معاً في نتيجة بذلتها، هي أن يكون الفصل في النزاع الموضوعي مطلقاً وجوباً على قضاء المحكمة الدستورية العليا؛ ومنزاعاً بالضرورة إلى أعلى حين صدوره.

(١) علة إغفاء الخصوم من الرسوم القضائية، أن محكمة الموضوع هي التي أحالت المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها.

ذلك أن الفصل في النزاع الموضوعي قبل الفصل في الخصومة الدستورية، هدم الصلة الوثقى بين نزاع يتعلق بالحقوق من جهة إثباتها ونفيها؛ وبين مضمون القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها على هذا النزاع.

وإذا كان الفصل في الحقوق من اختصاص محكمة الموضوع، فإن عليها أن تتركب تحديد المحكمة للدستورية العليا للقاعدة القانونية التي ينبغي أن تطبقها على هذا النزاع. وهى قاعدة تستخلصها المحكمة الدستورية العليا من خلال فصلها في الخصومة الدستورية.

ولا يجوز بالتالي أن يكون الفصل في النزاع الموضوعي سابقاً عليها. إذ ليس للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي تدرت استثناء مخالفة النصوص القانونية المطعون عليها للدستور أن تطبقها استثناء على النزاع المطروح عليها، وإلا كان ذلك عدواناً على المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لجهة أيا كان موقعها أن تمنعها من مباشرة ولايتها.

سابعاً: الآثار المترتبة على الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية

٣٥١- مودى الصلة بين الدعويين الموضوعية والدستورية، أن يكون الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية، مؤثراً في النزاع المرتبط بها والمعروض على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي؛ وتعين بالتالي أن يظل هذا النزاع قائماً عند الفصل في الدعوى الدستورية، وإلا فقد الحكم لصادر فيها جدواه. وينبغي أن يلاحظ أن الفصل في الدعوى الموضوعية قبل الفصل في الدعوى الدستورية، مؤداه:

أولاً: أن تتحدّر بالرقابة على الشرعية الدستورية إلى مرتبة الحقوق النظرية محددة الأهمية التي لا ترتجى منها فائدة عملية.

ثانياً: تعطيل سيادة الدستور التي يتمثل مظهرها في مجال الرقابة القضائية على التشريعية الدستورية، في إهدار النصوص القانونية المخالفة للدستور بما يحول دون تطبيقها في نزاع قائم. وتلك مهمة لا تقوم بها إلا المحكمة الدستورية العليا التي خولها الدستور والمشرع اختصاص تجريد النصوص القانونية التي تخل بأحكامه من قوة نفاذها.

ثالثاً: أن الطعن بعدم الدستورية يدور حول حقوق وأوضاع سابقة على الفصل في الدعوى الدستورية؛ وما يتوخاه الطاعن من إبطال النص القانوني المطعون عليه، لا يزيد على إلغاء وجوده كيلا يطبق في النزاع للناظر أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي مثل أمامها؛ فإذا لم يحصل في هذا النزاع على الترضية القضائية التي قام بموجبها، أو حصل عليها قيل أن تحدد المحكمة الدستورية العليا، النص القانوني الواجب تطبيقه في ذلك النزاع؛ كان ذلك تجريداً للحق في التقاضي من الفائدة العينية التي يستهدفها، بما يخل بنص المادة ٦٨ من الدستور، ويهدد مبدأ خضوع الدولة للقانون المقرر بنص المادة ٦٥ من الدستور ويعطل ولائمة السلطة القضائية في مجال صونها لحقوق المواطنين وحرياتهم^(١).

سابعاً: الحق المقرر للمحكّم جميعها في اللجوء لنص المادة ٢٩

من قانون المحكمة الدستورية العليا

٣٥٢- لكل محكمة ولكل هيئة ذات اختصاص قضائي وإعمالاً منها للبلدين أ و ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تقدر بصفة مبدئية، دستورية النصوص القانونية التي تحكم النزاع المعروض عليها، وأن تحيل هذه النصوص بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا إذا رأت على هذه النصوص ما يشي بمخالفتها للدستور؛ أو أن ترخص لخصم دفع أمامها بعدم دستورتها بأن يقوم بدعواه الدستورية خلال أجل تحدده، إذا ظهر لها أن هذه النصوص لها من وجهها ما يظاهر بمخالفتها للدستور.

ذلك أن المسائل الدستورية التي تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، لية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو التي تقدر هذه المحكمة أو الهيئة جدية الدفوع التي تستهضها، لا يدخل الفصل فيها في ولايتها، وإن كان الفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها يرتبط بالفصل فيها.

وهي بذلك -وفي حقيقتها- من المسائل الأولية التي يجوز تطبيق الفصل في النزاع على الفصل فيها. وليس لها بالتالي من شأن لا بالدفوع الشككية ولا بالدفوع الموضوعية التي لا تجوز إثارتها لأول مرة محكمة النقض.

(١) من ٢١٨ و ٢١٩ من الحكم السابق.

ذلك أن محكمة النقض وإن قصر القانون المنظم لولايتها على الفصل في مسائل القانون وحدها؛ إلا أن تعييدها حكم القانون على أجزاء الحكم المطعون عليها، لا ينفصل عن تعييدها بالدستور، وهو القانون الأعلى لو هو قانون القوانين جميعها.

ويؤيد ذلك أن المسائل الدستورية جميعها تستهض نطق التطبيق أو التعارض بين نصوص القانون التي تحكم النزاع المطروح عليها، وحكم الدستور. وهي تقدر حدود هذا للتطبيق أو التعارض من منظور الدلالة الظاهرة للنصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور؛ شأنها في ذلك شأن المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعها.

ولا تعتبر المسائل الدستورية بالتالي ولقعا تتحراه محكمة الموضوع أو محكمة النقض. ولا هي بقانون يخطئ بولقع لم تحققه محكمة الموضوع وتقول كلمتها فيه. وإنما تثير هذه المسائل حكم الدستور في شأنها، وهي بذلك وثيقة الصلة بمهمة تطبيق القانون التي تقوم عليها محكمة النقض. ومن ثم تكون هذه المحكمة مخاطبة بنص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، شأنها في ذلك شأن غيرها من المحاكم على اختلافها^(١).

ثامنا: الشرطان اللزمان لعرض المسائل الدستورية

على المحكمة الدستورية العليا

٣٥٢- وإذا تقدر أية محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي جدية دفع بعدم الدستورية أثير أمامها، أو تحيل بنفسها إلى المحكمة الدستورية العليا للنصوص القانونية التي ارتأتها مخالفة للدستور، فإن عليها في الحالتين أن تتقيد بالمرين:

أولها: أن تكون النصوص القانونية الموقل بمخالفتها للدستور، مؤثرة فسى حل النزاع المعروف عليها. فإذا لم تكن لها به صلة، أو كانت صلتها بالنزاع غير مؤثرة في نتيجته، لم تجز إحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا، أو قبول دفع بعدم الدستورية يتعلق بها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٤/٢/١٢ -قاعدة رقم ١٨- ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ وكذلك القضية رقم ١٣٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٨/٣/٧ -قاعدة رقم ٨٣ ص ١١١٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٣/١٥ -قاعدة رقم ٣١ -ص ٤٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ثانيهما: أن يدل ظاهر النصوص المطعون عليها، على أن عوار مخالفتها للدستور قائم بها. وليس ذلك غير تقدير مبدئي لقيام هذا العوار بها *Prima facie* ولا يعتبر بالتالي حكما قطعيا نهائيا أو بأتا بمخالفتها للدستور. وإنما يظل التحقق من قيام هذه المخالفة أو تخلفها بيد المحكمة الدستورية العليا دون غيرها.

ولئن جاز القول بأن التقدير الأولي لعوار اتصال بالنصوص القانونية التي تحكم النزاع، هو مما يدخل في إطار السلطة التقديرية لكل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي؛ وكان من المسلم كذلك أن مضيقا في نظر النزاع المعروض عليها بعد الطعن في دستورية النصوص القانونية اللازمة للفصل فيه، يفيد ضمنا رفضها للمطاعن الموجهة إلى هذه النصوص^(١)، إلا أن المقرر كذلك أن دخول الخصومة الدستورية في حوزة المحكمة الدستورية العليا بأحد الطريقتين المنصوص عليهما في اللتين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، مؤداه اتصال هذه الخصومة بها، وامتناع إخراجها من ولايتها، ولو طعن أمام محكمة أعلى في القرار الصادر بإحالة المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا أو في الترخيص برفعها إليها. وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا، ما يأتي:

"إن ولايتها في الرقابة القضائية على النصوص القانونية أساسها المباشر نصوص الدستور. وقد حدد قانون هذه المحكمة -بتفويض من الدستور- طرقا ثلاثة لاتصالها بالدعوى الدستورية من بينها الإحالة بحكم محكمة الموضوع بعد وقف الدعوى المطروحة عليها، ولا يعكس الحكم -حال صدوره- صورا نمطية من صور الحكم بوقف الدعوى تعليقا المنصوص عليها في قانون المرافعات، والتي يجوز بمقتضاها الطعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم المنهى للخصومة الموضوعية بتسامها، ذلك أن أحكام قانون المرافعات لا تسرى -كأصل عام- إلا بالقر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة اختصاص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية النصوص التشريعية. ولأزم ذلك أن الحكم الصادر من محكمة الموضوع بوقف الدعوى الموضوعية، وإحالة أوراقها إلى هذه المحكمة للفصل في دستورية نص تشريعي، يتمتع الطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون للمنظم له، بما مؤداه، أن المحكمة الدستورية العليا، يتحكم

(١) للتضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يناير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٧ ص ٢٨٩ وما بعدها من الجزء السابع من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

عليها وجوباً النظر في دستورية هذا النص؛ ولو كان قد أُلغى أمام محكمة الطعن -رغم عدم جواز ذلك- وإلا كانت متسلبة في اختصاص نيط بها، ولارنت شبهة إنكار العجالة على تسليبها هذا^(١).

تاسعاً: خصائص الدفوع بعدم دستورية

النصوص القانونية^(٢)

٣٥٤- تتصل الدفوع بعدم الدستورية بتحديد القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في نزاع من طبيعة قضائية. وتتغيا إطار النصوص القانونية التي يفترض تطبيقها فيه، وذلك من خلال فرض كلمة الدستور في هذا النزاع وتطبيقها على ما سواها. وتتسم هذه الدفوع بالخصائص الآتية بيانها:

أولاً: أنها لا تعرض مباشرة على المحكمة الدستورية العليا، وإنما يكون طرحها من خلال محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بما في ذلك محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، لا استثناء من هذه القاعدة إلا في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين ٢٤ و ١٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا، التي تحولها أولاهما: الفصل في شئون أعضائها -الحاليين والسابقين- سواء تعلق الأمر بمرتباتهم أو معاشاتهم أو مكافآتهم التي يستحقونها هم أو ورثتهم وكذلك الفصل في طلباتهم بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شئونهم وكذلك طلبات التعويض المترتبة على طلباتهم هذه، وتقتضي ثانيتهما: بمریان هذه الأحكام ذاتها على أعضاء هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا.

وتتصل المحكمة الدستورية العليا في كل ما تقدم بوصفها محكمة موضوع، بما يفول أعضاها الحاليين أو السابقين، وكذلك أعضاء هيئة المفوضين، أن ينازع في دستورية النصوص

(١) القضية رقم ٢٥ لسنة ٢٢ قضائية دستورية -جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ -قاعدة رقم ١٠٨ ص ٩٠٧ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٦ ص ٣٩٦ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة الدستورية العليا؛ والقضية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٨ ص ٢٧٠ من الجزء الثامن.

القانونية التي تحكم موضوع طلبه، وسواء كان هذا الطلب قائماً على إلغاء قرار صادر في شأنه، أو التعويض عن هذا القرار، أو هما معاً، أو على إجراء تسوية مالية للحقوق التي يدعيها.

ولأن المحكمة الدستورية العليا تعتبر في هذا النطاق محكمة موضوع، فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يجوز أن يطرح أمام هيئة المفوضين بها.

ثانياً: أن تقدير المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لجدية دفع بعدم دستورية، ليس فصلاً بقضاء قطعي في المسألة الدستورية التي تعلق الدفع بها. ويعتبر قرار ضمناً بقبول الدفع بعدم الدستورية، إرجاء المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي للفصل في النزاع المطروح عليها إلى أن يقدم من أثار الدفع أمامها ما يدل على رفع دعواه الدستورية، وكذلك تعليق حكمها على الفصل في المسائل الدستورية التي لتصل للدفع بها.

ثالثاً: وتستقل المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي أثير الدفع أمامها، بتقدير جدية، ومناطها ما تكل عليه النصوص القانونية المطعون عليها من وجهها، وليس بالنظر إلى أعمقها. أو بتعبير آخر علي ضوء ظاهر هذه النصوص أو صورتها الخارجية لا حقيقتها الداخلية^(١).

رابعاً: وتحدد المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي مهلة للخصم الذي طرح عليها الدفع بعدم الدستورية بما لا يجاوز ثلاثة أشهر يبدأ حسابها من اليوم لتألي لتقدير جدية الدفع. ومن ثم تعتبر الأشهر الثلاثة هذه، حداً أقصى لرفع الدعوى الدستورية. فإذا جاوزها الخصم تعين الحكم بعدم قبول دعواه. وإذا جاوزتها محكمة الموضوع نفسها، تعين إنقاص المدة التي حددتها إلى ما لا يزيد على الأشهر الثلاثة التي تعتبر حداً نهائياً لرفع الخصومة الدستورية.

(١) انظر في ذلك: القضية رقم ١ لسنة ١٣ قضائية دستورية جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢١ - ص ٣٨٩ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٦ - ص ٦٠٣ وما بعدها من الجزء السابع؛ والقضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية دستورية - جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - قاعدة رقم ١٨ - ص ١٧٧ وما بعدها من الجزء السادس؛ والقضية رقم ٨٣ - ص ١١٥٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٨ ق دستورية - جلسة ٣/١٥/١٩٩٧ - قاعدة رقم ٣١ - ص ٤٩٠ من الجزء الثامن.

خامساً: أن الحكم بعدم قبول هذه الخصومة الدستورية لرفعها بعد الأشهر الثلاثة المشار إليها، لا يمنع الخصم من أن يثير من جديد هذا الدفع أمام ذات المحكمة التي أثير الدفع أمامها ابتداء، إذا كان النزاع لازال مطروحاً عليها، وإلا فأمام المحكمة التي تطوعها إذا انتقل النزاع إليها. ذلك أن ميعاد الثلاثة الأشهر ليس من مواعيد السقوط التي لا يجوز وقفها ولا يتعلق انقطاع بها حتى يكفل المشرع جريئتها دون عائق إلى أن تكتمل مدتها.

وأية ذلك أن مواعيد السقوط هي التي يحدد المشرع بدليتها ونهايتها وكذلك الواقعة المجزية لها. ولا كذلك الترخيص برفع الدغوى الدستورية خلال ميعاد معين، ذلك أن المحكمة هي التي تحدد بنفسها بداية هذا الميعاد ونهايته، وإن تعين خفض المدة التي حددتها لرفعها إذا زاد مقدارها على ثلاثة أشهر، وبما لا يجاوزها^(١).

سادساً: وإذا ما حدد للقاضي للخصم ميعاداً لرفع دعواه الدستورية، تعين أن يلتزم الخصم به، فلا يفاضل بين ميعاد حدده القاضي وبين مهلة الثلاثة الأشهر التي فرضها المشرع كحد أقصى لرفعها، لاختار أطولهما. وإنما عليه أن يتقيد بالمهلة التي حددها القاضي لرفعها، ولو كانت أقل من مهلة الأشهر الثلاثة المشار إليها^(٢).

سابعاً: لا يجوز للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي أن تمنح الخصم الذي أثار الدفع بعدم الدستورية مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة القديمة ما لم يكن قرارها بالمهلة الجديدة قد صدر عنها قبل انقضاء الميعاد الأول.

(١) لل قضية رقم ٦٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية" جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ -قاعدة رقم ٢٥- ص ٣٩٠ وما بعدها من الجزء الثامن، وكذلك القضية رقم ٧٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية" جلسة ١٩٩٧/٤/٥ -قاعدة رقم ٥٥٣ وما بعدها من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ١٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية" جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦١ ص ٩٠١ وما بعدها من الجزء الثامن. ويلاحظ أن أية مهلة تحددها المحكمة للخصم لرفع الدغوى الدستورية لا تسمى في حقه إلا إذا كان علمه بها يقينياً.

[انظر في ذلك لل قضية رقم ١١ لسنة ١٧ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٩٠- ص ١٢٣١ من الجزء الثامن].

فإذا صدر قرارها بالمهلة الجديدة بعد انقضاء الميعاد الأول، اعتبر هذا القرار مجرداً من كل أثر^(١).

ثامناً: يتحدد نطاق الخصومة الدستورية بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذي أثير أمام المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي وفي الحدود التي تقدر فيها جدّيته. ولا تقبل الخصومة الدستورية بالتالي فيما يجاوز نطاق النصوص القانونية المنفوخ بمخالفتها للدستور.

على أن هذه القاعدة لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها، ذلك أن النصوص المطعون عليها لا تعتبر وحدها مطروحة على المحكمة الدستورية الطلما في حالتين:

أولاهما: أن ترتبط النصوص القانونية المطعون عليها بقلا بنصوص أخرى غير مطعون عليها، فلا يكون تضام هذه النصوص إلى بعضها غير تعييز عن تكاملها، وهو ما يتحقق على الأخص إذا كان الفصل في النصوص المطعون عليها وحدها لا يحقق نتيجة عليية للطاعن. ومن ثم تؤخذ معها وإلى جانبها النصوص القانونية التي تعطى النصوص المطعون عليها معناها.

ومن ذلك أن لكل جريمة عقوبتها. فإذا طعن خصم في نصوص التجريم، تعين أن يتمدد نطاق هذا الطعن ليس فقط على ضوء تلك النصوص؛ وإنما يربطها بالعقوبة التي فرضها المشرع على مخالفتها.

ثانيتهما: إذا بدأ من مقاصد الطاعن من تجريح النصوص المنفوخ بعد دستوريتها، أنها لن تبلغ غايتها بغير ضم نصوص أخرى إليها^(٢).

تاسعاً: أن الدفع بعدم الدستورية كان يعتبر في قضاء متواتر لمحكمة النقض من قبيل الدفوع الموضوعية التي لا تجوز إثارتها لأول مرة أمامها. إلا أن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض أصدرت في الطعن المقيد بجعلها برقم ٧٧٧ لسنة ٦١ ق

(١) القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٦ يوليه ١٩٩٨ -قاعدة رقم ١٠٤- ص ١٣٦٥ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ١٢ لسنة ٨ قضائية دستورية؛ جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ -قاعدة رقم ٦١٥- ص ٩٠٢، ٩٠٣ من الجزء الثامن.

(٢) القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٤ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٣٦- ص ١٠٣ وما بعدها من الجزء السابع.

هيئة عامة، حكمها في شأن الآثار المترتبة على صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص لازم للفصل في الطعون بالنقض المطروحة، وقد خُصص قضاؤها في ذلك إلى أن ثمة رأيين يتنازعان هذا الموضوع:

أولهما: ومواده أن أثر الحكم بعدم الدستورية لا يتسحب إلى الحقوق والمراكز القانونية التي ترتبت بموجب حكم نهائي سابق في صدوره على نشر الحكم بعدم الدستورية، وإسو أدرك هذا الحكم الأخير النزاع أمام محكمة النقض.

ويقتضي ثانيهما: إعمال أثر ذلك الحكم على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض.

وقد انحاز قضاء الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض في الطعن المشار إليه إلى الاتجاه الثاني تأميساً على أن قضاء المحكمة الدستورية بعدم الدستورية، يعتبر كاشفاً عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذ النص. ويتعين بالتالي إعمال كل حكم صدر عن المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون -من اليوم التالي لنشر هذا الحكم- على الطعون المنظورة أمام محكمة النقض، ولو صدر هذا الحكم بعد صدور الحكم المطعون فيه، بحسب أن تطبيق قضاء المحكمة الدستورية العليا أمر متعلق بالنظام العام تعمله محكمة النقض من تلقاء نفسها.

عاشرا: الإحالة المباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا

٣٥٥- قد لا يبصر الخصم عوار مخالفة النصوص القانونية التي تحكم النزاع للدستور. فإذا أدركتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي المطروح عليها النزاع، تبين عليها -وعلا بلبند أ من المادة/ ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- أن تحيل مباشرة إليها النصوص القانونية التي ارتأتها مخالفة للدستور، وأن يكون قرارها بإحالة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في صحتها أو بطلانها، قاطعا باتجاه إرادتها إلى عرضها عليها حتى نقول كلمتها فيها، ومتضمنا بيان هذه النصوص بصورة تفصيلية، فضلا عن تحديد أوجه مخالفتها للدستور.

ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي مكلفة بالخضوع للقانون، شأنها فسي ذلك شأن الناس جميعهم، وشأن الدولة بكل سلطاتها وأجهزتها. ويقضيها هذا الخضوع ألا تطبق على النزاع المعروض عليها قاعدة قانونية تتناقض للدستور شكلاً أو مضموناً.

فإذا بان لها من وجهة مبدئية أو أولية أن عيباً اعترافاً بما يبطلها لخروجها على الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها أو لمجاورتها مادة الدستور أو محتواه، فإن عليها أن تحيلها إلى المحكمة الدستورية العليا، وأن تترص قضاءها فيها، فلا تفصل في النزاع المعروض عليها إلا بعد صدوره^(١)

٣٥٦- وتعتبر الإحالة منصرفة ليس فقط إلى النصوص القانونية التي عينتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، وإنما كذلك إلى غيرها من النصوص التي ترتبط عقلاً بها وتتضام معها في تحديد الإطار المنطقي للخصومة الدستورية. فضلاً عن النصوص التي يسدل هذه المحكمة أو الهيئة على اتجاه إرادتها إلى عرضها على المحكمة الدستورية العليا، ولو لم يشر إليها صراحة:

خادي عشر: رخصة التصدي المخولة للمحكمة الدستورية العليا

٣٥٧- والطريقتان السابقتان لاتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، والمنصوص عليها في البندين أ و ب من المادة ٢٩ من قانونها، تفترضان تعلق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، بنزاع غير معروض على المحكمة الدستورية العليا. ولا كذلك مباشرة هذه المحكمة لرخصة التصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها. ذلك أنها تفترض وجود نزاع أمام المحكمة الدستورية العليا نفسها، وأن الفصل فيه يدخل في اختصاصها، وأن القاعدة القانونية التي تحكم هذا النزاع أو التي تؤثر في نتيجته، قد دخلتها في تقدير المحكمة الدستورية العليا شبهة مخالفتها للدستور، فتحيلها إلى هيئة المفوضين بها لتقديم تقريراً برأيها فيها ثم تصدر حكمها بصحتها أو بطلانها بعد إيداع هذا التقرير لديها.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٦/٣/٢ - قاعدة رقم ٣٠ - ص ٥٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٣٥٨- ويقابل نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، حكم البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن هذه المادة وذلك البند يستهدفان تأكيد مبدأ الخضوع للقانون -والدستور في ذراه- حتى لا تطبق أية محكمة في نزاع معروض عليها، غير النصوص القانونية التي تتصل به وتؤثر في نتيجته، وبشرط تفاتها مع الدستور. ومن ثم تكامل للشرعية الدستورية حلقاتها من خلال إعلاء المحاكم جميعها -ولأيا كان موقعها- لنصوص الدستور على ما عاها.

٣٥٩- على أن لرخصة للتصدي المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا شروطها الخاصة بها، والتي لا شأن لها بشروط تطبيق البند أ من المادة ٢٩ من هذا القانون. ذلك أن لرخصة المخولة للمحكمة الدستورية العليا بنص المادة ٢٧ من قانونها، مقيد إعمالها بالشروط الأتي بيانها:

أولاً: أن يكون ثمة نزاع مطروح أصلاً على المحكمة الدستورية العليا وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها^(١). وهذا النزاع هو الخصومة "الأصلية" المطروحة عليها، وليس بشرط أن يتخذ ذلك النزاع شكل خصومة دستورية. ذلك أن الخصومة التي تطرح على المحكمة الدستورية العليا، وتدخل في اختصاصها، قد تكون خصومة تتنازع على الاختصاص، أو خصومة مناطها التناقض بين حكمين قضائيين نهائيين. وتدخل هذه الصور جميعها في مفهوم النزاع المعروض على المحكمة الدستورية العليا في حدود ولايتها. ولا يعتبر طلب تفسير النصوص القانونية تصيراً تشريعياً، خصومة قضائية في تطبيق أحكام المادة ٢٧ من قانونها^(٢).

ثانياً: أن تقدر المحكمة الدستورية العليا أن للنزاع الأصلي المعروض عليها صلة بنص قانوني عرض لها بمناسبة نظرها لهذا النزاع؛ وأن هذا النص يبدو من وجهه مخالفاً للدستور.

(١) انظر طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية - المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١١ يونيو ١٩٨٣ - قاعدة رقم ٥ - ص ٢٢٤ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها حيث تقرر المحكمة بأن إعمالها لرخصة التصدي المخولة لها بنص المادة ٢٧ من قانونها، منوط بأن يكون النص الذي يرد عليه التصدي، متصلاً بنزاع معروض عليها. فإذا انقضى قيام النزاع أمامها، لم يعد لرخصة التصدي سند يسوغ إعمالها.

(٢) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تصير - جلسة ١٠/٢١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٢٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وتتحقق الصلة بين ذلك النص وبين الخصومة الأصلية المطروحة عليها، إذا كان الفصل في دستوريته مؤثراً في محصلتها النهائية^(٢).

ثالثاً: أن تحليل المحكمة الدستورية العليا إلى هيئة المفوضين بها النص المناقض في تقديرها المبدئي للدستور، كى تعد هذه الهيئة تقريرها فيه، لتفصل هذه المحكمة نهائياً بعد إيداع هذا التقرير لديها، في صحة أو بطلان ذلك النص.

٣٦٠- وما تقدم مؤداه:

* أن الخصومة المرفوعة أصلاً إلى المحكمة الدستورية العليا، هي للخصومة الأصلية التي يتعلق موضوعها بالنزاع المطروح عليها ابتداءً.

* وإلى جوار هذه الخصومة الأصلية، تقوم خصومة فرعية محلها نص قانوني يتصل بالفصل في دستوريته بالخصومة الأصلية أياً كان موضوعها. وهو ما لا يتصل بها إلا إذا كان مؤثراً.

ويبدو بالتالي محل نظر قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية دستورية^(١) ذلك أن النص الذي كان مطعوناً عليه في هذه الخصومة هو نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة الذي حظر على أعضائه الطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بنقلهم أو نديهم. وقد تبين للمحكمة الدستورية العليا أن هذا الحكم مقرر كذلك بنص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية بالنسبة إلى رجال القضاء العاملين في المحاكم، فصدت لهذا النص حتى تفصل في دستوريته هو ونص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة بحكم واحد، وفتاها أن النقص في دستورية نص المادة ٨٤ من قانون السلطة القضائية لن يؤثر على الإطلاق في النزاع المرفوع إليها أصلاً في شأن دستورية نص المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة، وأن هذين النصين وإن كانا متشابهين، إلا أن مجرد تشابههما لا يفولها الفصل في دستورية نص المادة ٤٨

(٢) الحكم السابق ص ٨٣٤.

(١) صدر هذا الحكم بجلسته ١٦ مايو ١٩٨٤، ونشر في ص ٥٠ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

من قانون السلطة القضائية لعدم صلته بالنزاع المعروض عليها أصلاً، وانعدام أثره بالتالي على نتيجة الفصل في هذا النزاع.

* أن الصلة بين هاتين الخصومتين لازمة أن تفقد الخصومة الفرعية كل مبرر للفصل فيها إذا لم يعد للخصومة الأصلية من وجود. ذلك أن الخصومة الفرعية أمر عارض على الخصومة الأصلية، تبقى ببقائها ونزول بزوالها. ويتعين بالتالي أن تتوافر في الخصومة الأصلية شرائط قبولها، وأن تظل مستوفية لها حتى الفصل في الخصومة الفرعية وبشروط أن تستكمل هيئة المفوضين تحضير هذه الخصومة بأن تقدم رأيها القانوني في شأن دستورية النص المحال إليها من المحكمة الدستورية العليا، وأن يتم هذا التحضير وفق أحكام المادتين ٣٩ و ٤٠ من قانونها^(١).

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعة رقم ١٧ - ص ٢٥٦ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الفصل الثالث والعشرون

الطريق إلى الديمقراطية في مصر والعصرية الدستورية

المبحث الأول

فرائض الديمقراطية

٣٦١- نفترض نظم الحكم الديمقراطية خضوع الدولة للقانون بحكم كونها تابعة لقاعدة تطورها لا تصنعها ولا يجوز أن تخل بها، وإنما تحيط بها وتقيد كافة سلطاتها وأجهزتها.

وليس مهما القول بأن الدولة هي تشخيص الجماعة، ولا بأنها تمثل الفروق بين الحاكمين والمحكومين الذين يتعاونون معها في إدارة وتسيير مرافقها.

ذلك أن قاعدة القانون التي تطورها وتقيدها، هي التي تحدد كذلك واجباتها، وكافة مظاهر التعبير عن إرادتها. وإذا كان البعض من أنصار النظرية الفردية La doctrine individualiste يقول بوجود حقوق طبيعية لا تتقدم، ولا يجوز النزول عنها، وإنما سابقة في وجودها على الدولة وتقيد حركتها؛ وكان آخرون من أنصار مفاهيم التضامن الاجتماعي La conception solidariste يقولون بأن قاعدة القانون الأعلى الغائرة في الضمائر، هي التي تقيد الكافة؛ فإن وجود هذه القاعدة -لها كان أساسها- لا يجوز إنكاره.

ولا حاجة بعد ذلك فيما يقرره بعض الفقهاء والفلاسفة الألمان مثل Kant, Hegel, Ihering وJellinek من أن القانون من خلق الدولة تصوغ أحكامه بنفسها، فلا يقيدوا إلا في الحدود التي تقبلها.

ذلك أن آراءهم هذه لا تضيئ لغير مفاهيم السلطة المطلقة في الداخل L'absolutisme à l'interieur والحق في الغزو والفتح في الخارج La politique de conquête à l'exterieur وجميعها مفاهيم تتناقض حقيقة أن القانون بغير القوة، عجز مطلق؛ وأن القوة بغير قانون هي

التحكم، وأن القوة التي لا يوجهها القانون ويقدها هي للفوضى^(١). وليس انتحال الدولة بالتألي لسلطة لا تملكها قانونا، غير تقويض لهذه السلطة ذاتها يجيز التمرد عليها وعصيانها.

وإذا قبل بأن مجاوزة الدولة حدود قاعدة القانون التي تطوهران يقتزن بجزاء، لأن عناصر القوة بيدها، ويستحيل أن توجهها ضد نفسها، وبما يناقض مصالحها؛ إلا أن مفاهيم الترد بالسلطة وبالقوة التي تقارنها، يتعين أن يوزنها التكوين الداخلي للسلطة السياسية التي تواجه تحكم الدولة L'omnipotence de l'Etat من خلال نظم برلمانية غايتها ضمان حقوق الأفراد وحياتهم في إطار مبدأ الشرعية. Le Principe de légalité. وموادة أن مجاوزة السلطة حدود ولايتها، تدل على انحلالها ليس فقط عن تخوم هذه الولاية، وإنما كذلك عن الأغراض التي يفترض أن تستهدفها.

ولم بعد جائزا أن تكبر الدولة أوجه نشاطها، ولا أن تشرع لتنظيمها، مطمئنة إلى غفوة الرقابة عليها أو ترخيها. ذلك أن وثائق إعلان الحقوق والامتيازات الجامة تقدها وتوجهها. وإلى جانبها السلطة القضائية التي كفل الدستور استقلالها وجديتها لتفصل بضوابطها الموضوعية في كل نزاع من طبيعة قضائية تكون الدولة طرفا فيه. فلا يكون تنفيذ أحكامها غير خضوع مطلق للقانون يستهض نصوص هذه الوثائق وتلك الامتيازات، ومعها كذلك المبادئ العامة للقانون، وهي غير مدونة بطبيعتها وعريضة في اتساعها. وجميعها من عناصر مبدأ ذي قيمة مطلقة في مجال تطبيقه، هو مبدأ الشرعية^(٢)؛

وتظل النظم الديمقراطية مختلفة فيما بينها في أشكالها وإبعادها، وإن كانت الخطوط التمسى تجمعها، والركائز الجوهرية التي تقوم عليها، واحدة في مفاهيمها إلى حد القول بأن غيابها في نظم يعينها مؤداه انفاك الطبيعة الديمقراطية عنها، وتخلفها في جوهر خصائصها. وهذه الخطوط الرئيسية التي تربط للنظم الديمقراطية ببعض، هي التي نتناولها في الأعرع الأتي بيانها.

(١) قرر Seydel - وهو أحد الفقهاء الألمان - أنه فيما بين الدول، ليس ثمة قانون. ذلك أن القوة هي التي تحكمها وليس ثمة قيمة لغير القوة.

[مشار إليه في الطبعة الثالثة من الكتاب الثالث للميد دوجي (باريس ١٩٣٠) وعنوانه:

[Traité de Droit Constitutionnel].

(٢) انظر في ذلك:

Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, Tome 3, Troisième Edition, pp 589 - 790.

المبحث الثاني

La pluralisime التعددية

٣٦٢- لا ديموقراطية بغير تعددية. ونظم الحكم المدنية في كل أشكالها جوهرها التعددية التي تناقض الاحتكار والافراد والتمسك والتجبر والانزواء. ولا مكان للتعددية بالتالي في نظم تتركز السلطة فيها في يد واحدة تطلقها في كل شأن، لتحكم قبضتها على الحياة في كافة مظاهرها أو في صورها الأكثر أهمية.

وليس للتعددية كذلك من وجود في نظم تحدد بنفسها حقوق الأفراد وحررياتهم في مضمونها ونطاقها وشرائط مباشرتها؛ ولا في نظم لا تقبل من الآراء إلا ما يوافقها ولا يتخطى خطوطا حمراء تعينها؛ ولا في نظم تقبض بيدها على أرزاق مواطنيها بعد تصنيفهم بين مؤيد لها ومعارض لتوجهاتها؛ ولا في نظم تطارد خصومها وتسخر القانون لخدمة مصالحها الضيقة؛ ولا في نظم تقوم على احتكار مصادر الثروة ونقوض بنيان القطاع الخاص، ولا في نظم لا تستثير اهتمام المواطنين بها وتحملهم على الانزواء بعيداً عنها. ذلك أن التعددية تمثل من الديموقراطية نواتها ونبض قلبها، ومن حقوق للمواطنين وحررياتهم ركيزتها. وهي بذلك قيمة دستورية مطلقة لا يجوز تقييدها، ولا يتصور أن يكون لها وجود في أجواء خائفة تحيط بها. وهي جوهر الديموقراطية أو أساسها le fondement de la démocratie وليس مجرد شرط لتطبيقها^(١) Une des conditions de la démocratie.

المطلب الأول

للتعددية مدخل للديموقراطية وضرورة للتقدم

٣٦٣- ويستحيل بالتالي تصور للديموقراطية بغير تعددية تتداح دوائرها لتقرض نفسها على النظم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية جميعها. فلا تجد هذه النظم مكانها ومكانتها بدونها، ولا يفترض وجودها ولا تطورها وفقاً للمستوى فيما وراءها.

(١) قضى المجلس الدستوري بقراره الصادر في ١١/١/١٩٩٠ [C.C.B., 271 D.C., 11 janv. 1990 R.P. 21] بأن تنوع الأفكار والآراء أساس الديموقراطية. وكان قد قضى بقراره الصادر في ١٨/٩/١٩٨٦ بأن التعددية أحد شروط الديموقراطية.

ولا يجوز بالتالى النظر بـ التعددية باعتبارها مطلباً مرغوباً فيه فقط، وإنما هى ضرورة مطلقة، وحتمية لا مخلص منها كطريق للتقدم. ومن ثم صح القول بأنها وعاء لكل الآراء، ولكافة القيم فى توافقها وتناحرها، فى تخالفها وتقابلها. وهى كذلك مدخل لحق الإنسان فى أن يعلم، وأن يستقل بإرادة الاختيار، وأن يفاضل بين بدائل، وأن يحصل على كل مطومة يريد، وأن يقابلها بغيرها، وأن يرصدها فى كافة مواقعها، وأن يطور من ملكاته، وألا تنحصر أفاق مداركه، وأن ينفذ إلى كافة الآراء حتى تلك التى تضيق السلطة بها، وأن يطل عليها بكل الوسائل، وفيما وراء حدوده الإقليمية، وبغير أن يقيد المشرع من تدفقها سواء بتقليص أدواتها أو طرائق نقلها أو وسائل تداولها^(١).

٣٦٤- ولا يجوز بالتالى فى إطار التعددية، أن تكون الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام مجرد مرآة لمن يملكونها أو يوجهونها، تعبّر عن ذواتهم أو عن مصالحهم. فلا تكون أبوابها متاحة لمن يطرقتهم، وإنما يصدون عنها، بما يناهض حرية التعبير التى تقتضى تعدد قنواتها واتساع دائرة السوق المفتوحة لعرض الآراء من خلالها، وتتوع هذه الآراء واختلافها فيما بينها. فلا يكون احتكار الآراء أو حتى تقييد دائرة تلقيها أو عرضها غير نقيض لحرية التعبير. وهى من صور التعددية التى تتأبى على التخصيص، ولا تقبل غير تنوع مجالاتها طولاً وعمقاً. وهى بذلك لا تقتصر على تعدد الآراء من منظور حرية التعبير. ولكن دائرتها الأوسع تواجه كذلك حرية الابتكار والإبداع فى العلوم والفنون على اختلافها، سواء كان التعبير للخلاق موسيقياً أو رمزياً أو بالصورة أو بالمرسح أو بغير ذلك من وسائل الابتكار على تباينها - كما كان أدبياً أو فنياً أو صناعياً أو بحثياً - بما يكفل امتناع أفاق العلوم والفنون فى طرائقها وقنواتها وألوانها وأهدافها.

وتنتقل التعددية من دائرة العلوم والفنون، إلى دائرة التكوين الاجتماعى، فلكل جماعة أقليتها وثقافتها ومصادر ثرائها المختلفة. وتكفل التعددية لكل أقلية خصائصها التى تفردها بها، والحق فى التعبير عن توجهاتها، ومواجهة الأغلبية باحتياجاتها.

(١) يقول المجلس الدستوري الفرنسي بقراره الصادر فى ١٠/٢/١٩٨٨، بأن تعدد الآراء والأفكار فرضية دستورية نصيبها التعددية، وأن تنوع الآراء والأفكار هو أساس الديمقراطية.

والمواطنون في الدولة الواحدة قد لا تجمعهم أصول عرقية واحدة بما مؤدها تباين ثقافتهم وتنوع اهتماماتهم، وحتى تضاد مصالحهم. والتعددية طريقهم إلى التعبير عن ذلك كله في إطار من الحقوق التي كفلها الدستور لكل مواطن.

٣٦٥- والتعددية بذلك هيضة دستورية Une exigence constitutionnelle تناقض انحصار الحياة السياسية في تنظيم حزبي وحيد يتسلط عليها ويوجهها. ذلك أن التعددية الحزبية Multipartisme هي قاعدة النظم السياسية ومحورها. فلا ينطلق محيطها على تكوين خاص يرتبط بالسلطة، ويعمل بإمرتها. وإنما تحيط الأحزاب المختلفة بها، لتعارضها وتقوم أعواجها، ولتحل محلها في إطار النظم الديمقراطية التي تفرض تبادل السلطة وانتقالها فيما بين الأحزاب السياسية على ضوء ثقافتها ومكانتها بين المواطنين.

ولا يجوز بالتالي تعليق تأسيسها على ترخيص، ولا منعها من اختيار طرائقها في العمل، ولا تحديد برامجها الأكثر على تحقيق أهدافها، ولا عرقلة نشاطها أو مطاردة أنصارها، أو منعهم من الانضمام إليها أو الخروج منها، أو حرمانها من التناقص فيما بين بعضها البعض وصولاً إلى الحكم. وبدون ذلك تكون الحياة السياسية هادمة خطواتها، فقيرة ملامحها بما يحيلها قوة عاجزة ليس لها من فعاليتها وحيويتها وتنوع مصادرها، ما يكفل لها تحقيق تغيير يكون مطلوباً^(١).

شأن الحرية السياسية في ذلك شأن حرية الاجتماع التي تكفل بذاتها حق من حضروه فعلى تحديد المسائل التي يناقشونها، وتقرير طول يرونها فيما يؤرقهم على ضوء مفاضلتهم بين آراء مختلفة وتعمقهم أوجه خطئها أو صوابها. ولا يجوز للسلطة بالتالي أن تترصدهم لآراء أبدوها، ولا أن تسانلهم عنها، ولا أن تمنعهم من حضور اجتماع حتى لا يسمهوا فيه بنشاطهم.

(١) وحتى المعونة المالية التي قد تمنحها الدولة للأحزاب السياسية للقيمة، وإن كان الدستور لا يمنعها، إلا أن تدخل الدولة بها يكون محظوراً، إذا كان الغرض من صرفها تحقيق نوع من التبعية تربط هذه الأحزاب بالدولة، أو إجهاض التعبير الديمقراطي عن مختلف الآراء والأفكار.

Le mécanisme d'aide retenu ne doit aboutir ni à établir un lien de dépendance d'un parti politique vis-à-vis de l'Etat, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions.

C.C.89 - 271. D.C. , 11 Janv. 1990 , R.P.21

وشأن مصادرة حرية الاجتماع أو تقييدها بغير مبرر، شأن الإخلال بكافة النظم التي تنفرد عنها وتتمثل بها. كالنظم النقابية في مستوياتها المختلفة. ذلك أن هذه النظم لا يكون لها من وجود إذا علق المشرع تأسيسها على قرار يصدر عن جهة إدارية أو قضائية. وكذلك إذا منعه من اختيار أدواتها ووسائلها في العمل، أو حد من ملطة التقرير التي تملكها في كل شأن يتعلق بها. فضلا عن أن تعدد النظم القائمة على حق الاجتماع وحتى تلك التي تتوافق في الخطوط الرئيسية لأهدافها - يكفل تنافسها لتحقيق الخير العام ليس فقط لأعضائها، وإنما كذلك للمواطنين خارج دائرتها.

المطلب الثاني

التعددية قيمة دستورية

وتظل التعددية ليس فقط قيمة دستورية، بل ضرورة عملية يرتبط بها التنوع في مظاهر الحياة على اختلافها، فلا تنسم برتابتها ولا بجمودها.

وتعارض التعددية بوجه خاص احتكار وسائل الإعلام، وتقييد حقوق من يملكونها أو يديرونها. وليس لهؤلاء وهؤلاء تحديد نوع الآراء التي تطرح فيها، ولا مصادرة وسائل نقلها، ولا التمييز بين المواطنين في مجال عرضها، ولا تحديد دائرة من يتلقونها أو من يقولون بها. وإنما هي الاتفاق المفتوحة نوافذها لها؛ تسعها في كل سورها، وبغض النظر عن مضمونها. ذلك أن وجاهة بعض الآراء أو قبحها، لا تحدد درجة القبول بها. وثناء بعضها في معلوماتها، أو عمق الفائدة التي تعود على المواطنين منها، ليس بشرط لترويجها.

ومرد ذلك أن الآراء لا يجوز تصنيفها إلى آراء مؤثرة بالنظر إلى قيمتها؛ وآراء عقيمة على ضوء تخلفها وضيق أفقها. فالتعددية لا تستقيم خصائصها، بغير رحابتها وتسامحها، وتنوع مجالاتها، وبرضاها على التوفيق بين عناصر التناقض، وينزولها على الحقائق.

وهي بذلك عنوان صدق الحملة الانتخابية التي لا يجوز أن يقلص المشرع من دائرة المرشحين الذين يتراحمون فيها؛ ولا من دائرة الناخبين الذين يفاضلون بينهم؛ ولا أن تخل بحق الأولين في تكافؤ الفرص التي يحرضون من خلالها برامجهم ويقولون الدفاع عنها والترويج لها،

بما يترتب من التناخبين ويجعلهم بكافة الحقائق التي تتعلق بمناقصهم؛ وبأوجه التوافق والتعارض معهم، وبأهم أجزء الالتفاع عن مصالحهم، وأدنى إلى نفعهم.

كذلك فإن المواطنين الذين تتعلق مصالحهم بمشروع ما، يعنيه البصر بكافة الحقائق التي تتعلق بكيفية تسييره، وبأولحي القصور فيه، وبمصادر التمويل التي ينفقها وتلك التي يخفيها، وبمصاريفها الظاهرة والمستترة، وبقراراتها الموافقة والمخالفة للقانون، وببرامجها في العمل ومرآل تنفيذها، وطاق سلطاتها وحققة أغراضها.

وفترض ذلك تمكينهم من النفاذ إلى كل معلومة تتعلق بالمشروع بقدر اتصالها بمراقبتهم لحسن سيره. وتلك صورة من التعددية التي تبسط آفاقها كذلك على تنوع المعاهد التعليمية واختلافها في مناهجها وطرائقها في التعليم ووسائل عرضها، وثرأ مستوياتها، وعمق بحوثها بما يوفر فرص المواطنين في المفاضلة بينها، فلا يختارون منها غير ما يوافق ملكاتهم وقدراتهم دون تمييز بينهم مرده إلى لونهم أو أصلهم^(١).

٣٦٦- والتميز بين المواطنين المتماثلين في المراكز القانونية سواء من خلال الاستبعاد أو التفريق أو التفضيل أو التقييد، يناقض تساويهم أمام القانون، ويقوض حيوية الجماعة التي ينضمون إليها. فلا ينضامون معها، بل ينقلبون عليها وينزلون عنها، ولا يتواصلون فيما بينهم على التعاون.

وإن يكون العمل العام بالتالي محصلة جهودهم ولا ناتج خبراتهم، ولا تعبيراً عن وعيهم بمصالح أمتهم، بل توجهها فردياً تتعثر خطاه، بما يناهض التعددية ويهدم أسسها. كذلك فإن مصلحة المواطنين في إدارة المرافق العامة الحيوية لحسابهم، هي التي تقتضى من الدولة -على الأقل- أن تكون شريكاً فيها حتى لا يستغل القطاع الخاص بها ويوجهها منفرداً بشؤونها.

(١) C.C.84 - 181 D.C., 10-11 Oct. 1984, R. P. 73.

المطلب الثالث

تعلق التعددية بصور نشاط الإنسان على اختلافها

٣٦٧- ويحرص قضاء الشريعة الدستورية على ضمان التعددية فى صورها المختلفة بالنظر إلى تعلقها بصور نشاط الإنسان على تباينها، وعلى الأخص ما ارتبط منها بالاختيار الحر فى مجال حق الاقتراع والمفاضلة بين الآراء، والموازنة بين الأحزاب، والمقابلة بين العقائد؛ وتحديد ما يمتن من الأعمال، وما نسلكه من طرائق الحياة، وما نقيمه من أشكال النظم الديمقراطية وفق مفاهيمها المعاصرة، وما يتنضيه للدفاع عنها من وسائل تكفل تحقيق أهدافها، ومقاومة كافة الضغوط التى تحد من حركتها. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال اللجوء إلى فرائض العقل لتعميق إرادة الاختيار، ولتقرير الحلول الملائمة لأوضاع قائمة. فلا تكون الحياة صوتاً واحداً، ولا تعاق آراء جديدة عن الظهور، ولا يسحق كيان أكبر غيره. وإنما تتعاقب النظم جميعها من خلال المفاهيم الديمقراطية كطريق وحيد لتعميق إرادة الاختيار، ولتداول السلطة بهذا ينافى تركيزها فى يد واحدة وكأنها ورثتها؛ فلا تكون الحياة موصدة أبوابها، ولا ترجعها منفرداً والقأ وراء جذران مقلقة.

بل حواراً متصلاً ومتداخلاً لا يعتبر فقط مجرد مظهر للتعبير عن المصالح الوطنية، وإنما هو كذلك قاعدة تكوينها^(١).

(١) راجع فى ذلك قرارات المجلس الدستورى الآتية:

C.C. 81- 129 D.C., 30- 31- Oct 1981, R.p. 35; C.C. 82- 141 D.C., 27 juil. 1983 R.p. 48; C.C. 84- 181 D.C. 10-11 Oct. 1984, R.p. 73; C.C. 86- 210 D.C., 29 juil. 1986. R.p. 110; C.C. 88- 248 D.C. 17 janv. 1989. R.p. 18.

المبحث الثالث

ضرورة النزول على القيم التي تعلو للمستور

٣٦٨- لم يكن التعبير القائم اليوم من أن للإنسان حقوقاً لا يجوز التفریط فيها، تعبيراً قديماً، فقد كان لجون لوك -وهو أحد الفلاسفة الإنجليز خلال القرن السابع عشر وأحد أهم أنصار القانون الطبيعي- وكذلك لكل من فولتير ومونتسكيو وجان جاك روسو -هم من فلاسفة فرنسا في القرن الثامن عشر- فضل توكيد كثير من حقوق الإنسان.

ومن ذلك ما قرره لوك أبان الثورة الإنجليزية لعام ١٦٨٨^(١) من أن للفرد -ويوصفه كاتباً من البشر- حقاً لا يجوز للنزول عنها بالنظر إلى وجودها في إطار الحالة الطبيعية التي كان عليها، والسابقة على دخول الأفراد في تنظيم اجتماعي من طبيعة مدنية. ويندرج في إطار هذه الحقوق، حقهم في الحياة وفي الملكية، وفي التحرر من تدابير القهر التي تتخذها السلطة التحكيمية قبلهم.

ذلك أنهم ما نزلوا للدولة -ومن خلال عقد اجتماعي معها- إلا عن الحق في حماية هذه الحقوق وفرضها على من يخلون بها، ولكنهم لم يتخلوا لها عن أصل تلك الحقوق التي احتفظوا بها لأنفسهم. وهو ما خولهم الحق في مقاومتها والثورة عليها إذا كان ضمانها لحقوقهم تلك قاصراً أو غير قائم.

وقد انضم إلى لوك آخرون تأثروا بالأفكار القائمة في زمنهم، وانحازوا إلى حكم العقل. فانفقوا بكل قوة فرائض الدين، والحقائق العلمية التي لا تجوز مناقشتها Scientific Dogmatism والقيود الاجتماعية -الاقتصادية التي تفرضها الدولة على مواطنيها. وأبدلوا ذلك كله بالقيم التي تخص للناس جميعهم في كل عصر، والتي لا يجوز النزول عنها.

وقد كان لهذه الأفكار أثر كبير في الدول الغربية في نهاية القرن الثامن عشر، وأوائل القرن التالي. فقد كانت الثورة الإنجليزية عام ١٦٨٨ ووثيقة الحقوق التي أقرتها، ماثلة أمامها ليس فقط كحقيقة تاريخية، وإنما كذلك من منظور نوع الحقوق التي ناضل الثوار الإنجليز لتثبيتها.

(١) تسمى الثورة المجيدة The glorious revolution.

وتبعمهم فى ذلك توماس جيفرسون فى أمريكا الشمالية الذى صاغ وثيقة إعلان الاستقلال بصورة شاعرية وبعبارة بليغة^(١). مثلاً فى ذلك بجون لوك ومونتسكيو. إذ تقرر هذه الوثيقة أن الحقوق التى تضمنها، واضحة بنفسها، وأن جوهرها أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً. وأن خالفهم منحهم حقوقاً لا يجوز للنزول عنها، ويندرج تحتها الحق فى الحياة، وفى الحرية، وفى تحقيق سعادتهم.

وحذا المركز De Lafayette فى فرنسا حذو الثورتين الإنجليزية والأمريكية فيما قرراه من حقوق للناس لا يجوز الإخلال فيها. فقد أصر على أن الناس ولدوا أحراراً متكافئين فى الحقوق، وأنهم يظلون كذلك وكان منطقياً بالتالى أن تردد الحقوق التى كفلتها هاتين الثورتين، أصداها فى إعلان حقوق الرجل والمواطن Declaration of the rights of Man and citizens الصادر فى ١٧٨٩/٨/٢٦.

فقد قرر هذا الإعلان أن لكل رجل حقوقاً لا تتقدم ولا يجوز للنزول عنها، وأن حقوقه هذه تتمثل فى الحرية، وفى الملكية، وفى الأمن ومقاومة الطغيان، وأن الحق فى الحرية لا يقتصر على تحرير الإنسان من صور القبط والاحتجاز غير المبرر، وإنما يشمل كذلك حرية تبادل الآراء، والحق فى الاجتماع، وحرية العقيدة.

وهذه الحقوق ذاتها هى التى رددتها بعد ذلك وثيقة إعلان الحقوق الأمريكية المضافة فى عام ١٧٩١ إلى الدستور الأمريكى الصادر فى ١٧٨٧. وهو ما عزز الاقتناع بأن مفاهيم حقوق الإنسان -وينحصر النظر عن الاسم المعطى لها- كان لها فى نهاية القرن الثامن عشر -عصر التنوير The Age of enlightenment- ولأوائل القرن التاسع عشر، دور هام فى النضال ضد السلطة السياسية المطلقة.

وقد نجم هذا التطور بوجه خاص عن إخفاق السلطة السياسية فى ضمان حرية مواطنيها وتساويهم أمام القانون.

(١) وقعت على وثيقة إعلان الاستقلال ثلاثة عشر مستعمرة أمريكية وذلك فى ٤ يوليو ١٧٧٦.

بيد أن عمق هذا التطور، قابله تطور آخر. ذلك أن الذين قالوا بالحقوق الطبيعية للناس جميعهم، وصفوها بالإطلاق، وبالأبدية، وبعدم جواز تغييرها أو تعديلها، أو العدول عنها، أو التعرّيب فيها.

وهي مفاهيم تتناقض أن كل الحقوق -وبوجه عام- تقبل قدرأ من التقييد، مما عرض الحقوق التي يطلبها الناس لأنفسهم كحقوق لا تتبدل، إلى الهجوم عليها من اليمين واليسار وحتى من بعض الفلاسفة ومن بينهم كل من Edmund Burke و David Hume و Jeremy Bentham في إنجلترا. فقد كان خوفهم من مفاهيم الحقوق الطبيعية، أن تؤكد الجماهير لها مؤد إلى الفوضى؛ وأن تطبيق وثائق إعلان هذه الحقوق كبديل عن القوانين الفعالة التي يضعها البرلمان، يعطل دوره؛ وأن مساواتها بين الناس جميعهم على ما بينهم من صور التباين، يجعلهم يتوقعون ما لن يتحقق يوماً؛ وأن كل الحقوق مردها إلى القوانين القائمة. وهي قوانين، واقعية لا تخيلية، كذلك التي تقوم على مفاهيم القانون الطبيعي التي لا تحدو الحقوق التي أنتجتها، أن تكون حقوقاً تصورية.

وكان من شأن الهجوم على القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية، أن قرر فقهاء مثل Kaif Von Savigny من ألمانيا، ومير Henry Maine من إنجلترا، أن الحقوق جميعها هي نتاج بيئةها المتغيرة ظروفها؛ وأنها تتحد بالتالي على ضوء أوضاع مجتمعاتها؛ وأن الحقيقة الوحيدة التي يمكن القبول بها، هي التي يقوم الدليل عليها من الخبرة العملية.

ولم يعد مقبولاً منذ الحرب العالمية الأولى الدفاع عن حقوق الإنسان كحقوق طبيعية، وإن كان من المسلم أن لهذه الحقوق وجوداً يخصها؛ وأن ظهورها في شكل أو آخر؛ وكذلك تنوعها وتعدد صورها -التي يندرج تحتها إلغاء الرق، وتقرير الحق في التعليم العام، وتكوين النظم الانتخابية- لخبر دليل على أن هذه الحقوق لا تزال قائمة حتى بعد ألغى اشتغالها من القانون الطبيعي. ولم تتحول تلك الحقوق إلى حقيقة واقعة إلا بعد ظهور النازية ومقوماتها.

ولئن كان القبول العام اليوم بحقوق الإنسان في النظامين الداخلي والخارجي، لم يعد محل نزاع جاد، إلا أن طبيعة ونطاق هذه الحقوق، لا زال مختلفاً عليها. ومعها يدور الجدل حول ما إذا كان يجوز النظر إلى حقوق الإنسان كحقوق إلهية المصدر، أم كحقوق خلقية أو قانونية أم كحقوق مصدرها عقد اجتماعي، أم كحقوق قام الدليل عليها مما اعتاده الناس وسلوكه فسي أعراسهم، أم كحقوق مردها إلى العدالة التوزيعية، أم كحقوق يلهمها معنى للناس إلى السعادة وطلبهم لها.

ولإزالة الجدل دائراً كذلك حول جواز نقض هذه الحقوق أو امتناع الرجوع فيها، وما إذا كان ضمان اتساعها يقتضى إطلاقها، أم أن تقييدها في عددها ومضمونها أصل يحكمها.

ولما كان الأمر، فإن الوظيفة الحالية لحقوق الإنسان، لم تعد تتمثل في كونها مجرد ضمان لشرعية نظم الحكم في دولة ما، وإنما كذلك في تبنيها المعايير الدولية لهذه الحقوق وتطويرها.

كذلك ليس ثمة انفصال تام بين المفاهيم المعاصرة لحقوق الإنسان، والنظرية التقليدية لهما كحقوق طبيعية لا يجوز النزول عنها، وإنما تتواصل هذه المفاهيم وتلك النظرية، وذلك من زاوية متعددة أهمها:

أولاً: أن مفاهيم الحقوق الطبيعية غايتها ضمان قليلة الحقوق التي يطلبها الناس جميعهم ويرغبون في تحقيقها بصورة شاملة. وهذه المفاهيم ذاتها هي التي ورثها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حين صاغ أطول قائمة لهذه الحقوق تتمثل في ثلاثين حقاً.

ثانياً: أن مفاهيم الحقوق الطبيعية تربط بين هذه الحقوق والناس في مجموعهم بوصفهم بشراً يملكون إرادة الاختيار وينتقلون في الحقوق التي يتمتعون بها. وهذه الصلة بين الحقوق الطبيعية والإنسان، هي التي تغير بها وصفها من حقوق طبيعية إلى حقوق إنسانية.

ثالثاً: أن من أبرز خصائص الحقوق الطبيعية هو نكبتها من الاقتناع العام بأن هذه الحقوق لا يملكها غير الأشخاص الذين يحوزون إرادة الاختيار التي تؤكد استقلالهم بذاتيتهم وذاتيتهم هذه هي منطقة الحماية في المفاهيم المعاصرة لحقوق الإنسان بما يحول دون تدخل السلطة فيها بوسائل القهر التي تملكها.

فإنراج وثائق حقوق الإنسان في صلبها للحق في الحياة مثلاً، لم يكن بقصد ضمان رعايته صحيحاً، ولا بقصد تطوير الأوضاع التي يعايشها بما يجعل بيئتها أكثر أمناً، وإنما بقصد ضمان الحق في الحياة، بقاعدة قانونية غايتها ردع أشكال القوة وللتحكم الموجهة إلى الفرد. ولسم يكن ضمان الحرية يحيل كذلك إلى سياسة يتعين انتهجها بقصد توفير فرص للتعليم الأفضل والأعمق، وإنما صار هذا الضمان كافلاً لحماية الأفراد في مواجهة القبض والاحتجاز غير المبرر.

ولم تعد حقوق الأفراد المدنية والسياسية بالتالى غير حقوق سلبية تتوخى حماية الأفراد من صور العدوان على الدائرة التى يصونون فى محيطها خواص حياتهم، ويطمنون فى نطاقها إلى حرياتهم، ويكتفون من خلالها استقلالهم وذاتيتهم. ولا يجوز وصفها بالتالى كحقوق يملكها الأفراد ليكتفوا من خلالها - بصورة إيجابية - الأغراض التى يطمعون فى تحقيقها.

رابعاً: أن الحقوق الطبيعية - كما يدل على ذلك وصفها - مصدرها الطبيعة، ومنهها نظامها، وهى بالتالى حقوق لا تنازع، ولا تنقيد بزمان أو مكان، على تقدير أن وضوحها لا يحتاج إلى بيان، وأن طبيعتها الشاملة تنبئ على ربطها بالأوضاع القائمة فى بلد ما، أو بنوع الطبقة الحاكمة فيها. والطبيعة الشمولية للحقوق الطبيعية هى ذاتها الطبيعة العالمية لحقوق الإنسان^(١)

• • •

تلك هى الصلة بين المفاهيم المعاصرة للطبيعة العالمية لحقوق الإنسان، وبين المفاهيم التقليدية للحقوق الطبيعية. فإذا انتقلنا من للتصور المجرد لهذه الحقوق، إلى تطبيقاتها فى السلوك المعاصرة، تعين القول بأن نصوص الدستور، وإن كانت تحجر على الأصل - مرجعاً نهائياً للفصل فى دستورية القوانين، إلا أن هذه النصوص قد تصادم قيماً إنسانية يستحيل التقرير فيها. وهى قيم يفترض أن يعمل الدستور على ضمانها، لا أن يقرر هدمها. فإذا نقض بنص فيه ما كان من هذه القيم جوهرها، فإن تقرير بطلان هذا النص، يكون واجباً.

(١) Henry j. Steiner and Philip Astson, International Human Rights in Context, 1996, p.p. 167- 172.

المبحث الرابع

الحق في الحرية والمساواة كقيمتين تحولان الدستور

٣٦٩- أول هذه القيم، أن الله تعالى خلق الناس جميعهم أحراراً، ولنتهم أمهاتهم كذلك، فلا يستعبدون أو يتمايزون فيما بينهم بناء على أعرالهم أو ألوانهم أو مكانتهم الاجتماعية أو لغير ذلك من العوامل التي لا صلة لها بآدميتهم. ولتتدخل بحقوقهم في العدل والحرية وفي التضامن والسلام الاجتماعي.

فلم يكن الناس في بدء نشأتهم مستعبدين، وإنما كانوا يحملون من أجل ضمان قوتهم، لا يؤرقون غير صراخهم مع الطبيعة وكواصرها.

وكانوا يسخرون أدواتهم البدائية لخدمتهم، ولا يعرفون غير القنص أسلوباً للحياة. ولم يكن ثمة تمييز بينهم يقوم على عوامل لا شأن لها بالحالة القطرية التي وجدوا أنفسهم عليها، ولا بالأوضاع التي يعاشونها، وإنما كان للبقاء لأقوامهم وأحوطهم.

وما أن قبل الناس الانخراط في تكوين مدنى بضمهم، حتى ظهر تفاوتهم في ثروتهم، وفي عناصر القوة التي يملكونها، وفي الأفكار التي يؤمنون بها، ومظاهر التفوق التي يدعونها، ونطاق الحقوق التي يطالبونها، والأمال التي يرجونها والوسائل التي يصطفونها لتحقيقها. وازداد بعضهم ثراء وقوة، ولرند آخرون على أعقابهم يحملون ضعفهم معهم.

وقام استثمار الثروة على الاستغلال، وظهر للتمييز بين العمال وأربابهم؛ بين الفقراء والموسرين؛ بين من يلونون بالقوة ويتحكمون فيها؛ ومن يفرون منها خوفاً من بطشها؛ بين الذين يؤمنون بعقيدة تقبلها الناس في غالبيتهم، والذين يظاهرون عقيدة يرفضونها أو على الأقل لا يميلون إليها.

وكان ذلك منخلاً إلى صور من التمييز بين البشر تتلقى أصل تساويهم في آدميتهم وحريرتهم، كالتمييز بين الرجل والمرأة قانوناً في الحقوق^(١)؛ وبين القادرين والعاجزين؛ وبين الأدهاء

(١) تحقق هذا التمييز على الأخص في مجال حق الاقتراع، وفي نطاق أجر وفرض العمل.

والأكباء؛ وبين المعارضين والمؤيدين لاتجاه عام؛ وبين الذين يملكون والفقراء؛ وبين الأكاديميين
توطنا والمحدثين؛ وبين الذين يحكمون والذين يحكمون؛ وبين المعتدلين والمتطرفين.

ولم يكن إهدار مبدأ المساواة بين المتماثلين، غير إخلال بحقهم في حياة يؤمنها العدل
ويسودها السلام الاجتماعي، وإنكار الحق في صون كرامتهم من صور العدوان عليها، وهي أصل
لحقوقهم جميعها. فلا يؤخذون بغير جريرة لو تكبوها، ولا يغمطون حقاً ثابتاً لهم؛ ولا تقيد حريتهم
الشخصية دون مقتض؛ ولا يعذبون أو تمتحن أدميتهم؛ ولا يكرهون على فعل أو قول؛ ولا يصبون
في أشكال جامدة لا يريمون عنها؛ ولا يفصحون عما يريدون إخفاءه؛ ولا يقهرون بغيا؛ ولا
يحملون على ما يبغيضون؛ ولا يساقون إلى أعمال لا يرضونها؛ ولا يعاقبون عن أفعال كانوا غير
منذرين بها؛ ولا تتحط إنسانيتهم من خلال عقوبة تتلقى قسوتها موازين الاعتدال، أو تكون
بطبيعتها مجافية لأدميتهم بما يسيء إلى كرامتهم.

المبحث الخامس

كرامة الإنسان كقيمة عليا بوصفها أصل لكل حقوقه وحرياته

٣٧٠- يفترض في المستأثر جميعها، أن تصون للناس كرامتهم أيا كان قدر الفوارق التي تفصل بينهم. وكرامتهم هذه هي التي تنفرع عنها كذلك حريتهم في التعبير عن الآراء التي يرون صوابها؛ وفي إعلانها ومناقشتها من خلال حق الاجتماع؛ وعن طريق النفاذ إلى وسائل الإعلام؛ والانضمام إلى آخرين للدفاع عن قضايا بذواتها وإقناع الآخرين بها.

واحتفظ كل إنسان حتى بعد دخوله في تنظيم اجتماعي، بالحقوق الجوهرية التي لا ينفصل وجوده عنها، كالحق في الحياة بغير قيود عليها تعطّلها في غير ضرورة؛ وفي أن تفترض براءته من التهمة الجنائية ما لم يكن قد أُدين عنها بحكم قضائي صار باتاً؛ وكالمنظر إلى مسؤوليته عن الجريمة باعتبار أن مخاطبها فعلاً أتاها؛ وأن العقوبة التي يفرضها المشرع لا يجوز أن تتعلق إلا بجريمة ارتكبها؛ وأن حريته الشخصية هي إرادة الاختيار؛ وجوهرها الدخول في العقود التي لم يمنعها المشرع؛ واختياره من يتزوجها؛ وأنماط التعليم التي يتلقاها؛ وفرص العمل التي يميل إليها؛ وأشكال التضامن الاجتماعي التي يفضلها فيما وراء الدائرة التي يحددها المشرع؛ وأن يكون لشخصيته ذاتيتها، وللحقوق التي يطلبها موجباتها وفرائضها؛ ولخواص الحياة التي اختارها حرمتها. فلا تقتحمها وسائل علمية ترقبها بذاتها وتحيلها نهبا لأعينها بما يحيط بدخلاتها. وصار منطقياً أن تكون كرامة الإنسان قاعدة لكل حقوقه وحرياته الأساسية، وأصلاً يقيد كل تنظيم يتناولها. وصار مفهوماً كذلك أن ينظر إلى الحقوق الرئيسية لكل فرد بما لا يجيز النزول عنها، أو التقريط فيها؛ وبما لا يخول المطلقة أيا كان بأسها، حق منعها أو منحها.

ذلك أن اتصالها بخصائص الإنسان التي فطر عليها منذ خلق، يذافي تقادماً. ولا يجيز أن يخرجها المشرع عن أصل وضعها، ولا أن ينزع أتميتها التي لا يستقيم وجوده بغياها^(١).

(١) ولا كذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي تكفلها الدولة وفق إمكانياتها كالحق في التأمين الاجتماعي، وفي الرعاية الصحية، وفي ضمان الرخاء، إذ لا شأن لهذه الحقوق بخصيص بنى البشر، ولا يُعتبر بالتسالي نافذة بذاتها، وليس لها من عنصرها ما يفرضها على المشرع قبل توافر فرص تمويلها.

المبحث السادس

حق الملكية كقيمة عليا

٣٧١- هذا الحق -ومن منظور المفاهيم المعاصرة- وثيق الصلة بالحق في العمل، وبإرادة الحياة، وبضرورة أن تتوافر لكل إنسان للوسائل الملائمة للعيش. وهو كذلك مدخل إلى التنمية، والطريق الأكثر فعالية لتحقيق أسبابها ونتائجها؛ ولازدهار الجماعة وضمأن تقدمها.

ذلك أن الملكية -وبقدر تعدد مصادرها، وتعاضد روافدها- توفر لاقتصاد الدولة قاعدة راكمية يستمد منها مصادر قوته. ولم يعد جائزاً في المفاهيم المعاصرة للملكية، نقض الحق فيها، ولا تجريدها من لوازمها، أو الإخلال بمقوماتها؛ أو تقييد الحقوق التي تنفرع عنها في ضرورة تفضيها الوظيفة الاجتماعية للملكية.

ولا شبهة في أن استئثار الناس بما يملكون، كان الفطرة التي جبلوا عليها. فالناس منذ خلقهم يتقاضون. ويملكون أغنامهم وإبلهم ومواشيهم، ويعتمدون عليها في معاشهم. وإلى جانبها أنوالهم في الصيد. والقتال، وأكواخهم التي يقيمون إليها ويقيمونها بأيديهم، ومراعهم التي يستقون بحيزها، ويرتحلون من أجل طلبها. ولهم كذلك أراضيهم التي يحتجزونها بالغلبة والقوة، والتي زرعوها استقلالا بها. وحتى زوجاتهم في العصور القديمة ملكوها بأموال يدفعونها إلى آبائهم، وصار لهم عبيد بمنطق القوة، وسبابا من غزواتهم، وكان حرصهم على الدفاع من أجل ملكيتهم، ضارياً.

ولم تعد الملكية غير وعاء للثروة، وسياج يؤمن أصحابها من العوز. وهم اليوم مستخلفون في أموالهم بإذن من الله تعالى، فلا يبدونها لهواً أو نرقاً، فإذا قتل منهم أحد في سبيلها فهو شهيد. وحتى بعد تحرير الأرقاء من عيوديتهم، والأزواج من رقة تملكهم، والسبابا من أغلال أسرهم، ظل ثابتاً أن الملكية -وفيما هو مشروع من مصادرها- لا يجوز اعتصارها؛ ولا مصادرتها، ولا تجريدها عملاً من المزايا التي تظنها.

المبحث السابع

تقييم عام للقيم التي تطوّر الدساتير

٣٧٢- تلك هي القيم الأساسية التي ارتبط بها الإنسان وأميته، وجُبل بالفطرة على إعلانها، فلا يجوز أن يخل الدستور بها، ولا أن يسقطها، ولو من خلال التزاع بأن للدستور مرتبة تقدم أحكامه على النصوص القانونية الأدنى منها في درجتها؛ ولا بالقول بأن سيادة الدستور تعيد بالضرورة، تصدره النظم القانونية جميعها الاجتماعية والثقافية والسياسية، وتبوءه بالتالي مكانة لا ترقى إليها لية قيم غير التي لحضنها.

ذلك أن المفترض في الدساتير جميعها أنها لا تناهض القيم التي تواتر العمل في الدول الديمقراطية على تبنيها، كأغراض نهائية تلزمها نظمها على اختلافها.

ولا يجوز بالتالي إهدار هذه القيم من خلال نصوص في الدستور تملّحها السلطة المتفردة ببطشها وانحرافها؛ ولا أن تبلور من خلالها، نزواتها العدوانية، ومقاييسها في الخير والشر، ونزوعها إلى التسلط. حتى لا يكون الدستور حصاد قيمها الشخصية، ومراة تهورها وانففاعها، وأداة توحشها حتى في مرددها على الحقوق الطبيعية التي كفلتها المواثيق الدولية للناس جميعهم بوصفهم بشرا يختلفون عن كل كائن آخر، ليس فقط في أن لهم عقولا يدركون بها، وإنما كذلك في طباعهم وإسلانيتهم.

ولو جاز للدول أن تقيم الدساتير الوطنية وفق أهوائها، وأن تفرض عليها طرائقها في ضمان الحقوق وتنظيمها، لارتبط وجود الحقوق جميعها- وأيا كان قدر أهميتها- بنصوص الدستور التي تقيمها الموازين الشخصية للسلطة التي أحدثتها، حل أن الدول تتدخل مصالحها، وتجمعها أسرة نولية لها أعرافها ومعاييرها في تقرير الحقوق وضبطها، وعلى الأخص الأساسية منها.

وهي تكفل للناس جميعهم-ومن خلال أعرافها واتفاقاتها الدولية- ركائز آدميتهم، وحرمة خواص حياتهم، وضوابط صون ملكيتهم، وتساويهم أمام القانون في حقوقهم وواجباتهم، ليظهر الدستور في النهاية باعتباره كافلا للأفراد تلك القيم التي لا حياة لهم بدونها كقيم العدل والحرية والتضامن والسلام الاجتماعيين. وهي القيم ترسي خصائص بشريتهم، وتصدر عنها حقوقهم

وحرياتهم، لتطو الدستور في مدارج حمايتها. فإذا نقضها، تعين ترجيح القيم التي تطو وتقليبها على أحكامه.

وفي ذلك تقول الغرفة الثانية للمحكمة الدستورية لألمانيا، بأن كل نص منفرد في الدستور لا يجوز أن اعتباره منعزلاً عن غيره ولا أن يفسر استقلالاً عن سواء. ذلك أن لكل دستور وحدة داخلية لازمة تربط أحكامه فيما بينها.

وتتلور هذه الوحدة الداخلية بعض المبادئ البعيدة فسي مداها Overreaching principles والتي تصل أهميتها إلى حد خضوع نصوص الدستور لها.

والفقرة الثالثة من المادة ٧٩ من القانون الأساسي لألمانيا -وهو دستورها- ترشح بوضوح لهذا المعنى، وذلك بنصها على أن الحقوق التي كفلتها المواد من ١ إلى ٢٠ من هذا القانون -لا يجوز تعديلها. ومن ثم توافق هذه المحكمة على قضاء المحكمة الدستورية في بافاريا من أن وجود نص في الدستور وإدراجه ضمن أحكامه باعتباره جزءاً منها، لا يجعل إبطال هذا النص تصوراً مستحيلاً. ذلك أن ثمة مبادئ دستورية لها من أهميتها الحيوية، ومن كونها تعبيراً عن حكم القانون، ما يقدم على نصوص الدستور ذاتها، ويفرضها كذلك على الهيئة العليا التي تؤسس أحكامه. فإذا خالفها نص في الدستور لا يرقى إلى منزلتها، جاز إبطاله وتجريده من كل أثر^(١).

An individual constitutional provision cannot be considered as an isolated clause and interpreted alone. A constitution has an inner unity, and the meaning of any one part is linked to that of other provision. Taken as a unit, a constitution reflects certain overarching principles and fundamental decisions to which individual provisions are subordinate. Article 79 (3) makes it clear that the basic Law makes this assumption. Thus this Court agrees with the statement of the Bavarian Constitutional Court : " That a constitutional provision itself may be null and void, is not conceptually impossible just because it is a part of the Constitution.

There are constitutional principles that are so fundamental and so much an expression of a law that has precedence even over the Constitution that they also bind the framers of the Constitution , and other constitutional provisions that do not rank so high maybe null and void because they contravene these principles.

(^١)Donald P. Kommas, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p.63

وقد يبدو تعبير "القيم الأعلى من الدستور" مرناً مشوباً بالغموض، شأن هذا التعبير شأن عبارة "روح الدستور" التي كثيراً ما يلجأ للفقهاء والقضاة لها لتقرير حقوق خلا الدستور منها؛ أو لإعطاء الحقوق التي نص عليها، مفاهيم مختلفة عن تلك التي تصورهما.

٣٧٢- وسواء نطلق الأمر بالقيم الأعلى من الدستور، أو بروح الدستور، فإن البعض يتوجس خيفة من هذين التعبيرين، وينظر إليهما باعتبارهما موطناً لفرطحة نصوص الدستور، أو لتحريفها من خلال تأويلها، أو لتعديلها عن طريق إحداث حقوق جديدة غير التي كتلتها.

إلا أن ما نراه، هو أن عبارة "القيم الأعلى من الدستور" لا يعيها مرونتها واتساعها، ذلك أن المشرع كثيراً ما يصوغ بعض النصوص القانونية بما يكفل مرونتها لضمان اتساعها لأوضاع مختلفة تتباين ظروفها^(١).

كذلك لا ينال من عبارة "القيم الأعلى للدستور" إمكان تعدد تأويلاتها. ذلك أن حددها ببلوره الأغراض النهائية المتوخاة من هذه القيم، والتي لا تريد على ضمان حقوق الفرد وحرياته الأساسية.

ومن ثم تعكس هذه الأغراض الحدود الخارجية للقيم التي تملو الدستور، فلا تكون غير تخومها التي لا يجوز تخطيها، لتقيد من اتساعها؛ ولترد تطبيقاتها إلى ضوابط منطقية يلتزمها قضاء الشرعية الدستورية، فلا يتحولون عنها.

وعليهم بالتالي إرجاع نصوص الدستور إلى هذه القيم العليا لتفرض كلمتها على المفاهيم التي تنسج على ضوئها نصوص الدستور. فلا يكون ردها إلى القيم التي تملوها، غير تطوير لبنيانها.

فإذا بان لقضاء الشرعية الدستورية استمضاء تأويل نصوص الدستور بما يقربها من القيم التي تملوها، لم يعد أمامهم غير الاحكام إلى الطبيعة الديمقراطية لنظام الحكم، وإلى مبدأ

(١) من ذلك ما نص عليه القانون المدني من جواز إبطال العقد إذا استغل أحد المتعاقدين في المتعاقدين الآخر طيشاً بيناً أو هو جامح. فهذا المعيار المرن يتسع لمختلف الظروف الواقعية، ويتحدد تطبيقاته على ضوء مقاييس كل عصر لضوابط الاستغلال في إطار المعيار العام والمرن الذي تبناه القانون المدني.

الخضوع للقانون وفق الضوابط التي التزمها الدول الديمقراطية، سواء في مجال الحقوق التي أقرتها، أو على صعيد القيود على ممارستها التي تتوافق عليها الدول الديمقراطية في ممارستها لوظائفها.

وقد كان هذا الاتجاه ملائماً في ذهن المحكمة الدستورية العليا عند فصلها في نطاق نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ التي حظرت الطعن بالإلغاء أو بالتعويض في قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ١٩٥٣/١١/٨ بمصادرة أموال أسرة محمد وممتلكاتها، وكذلك مصادرة ما يكون قد انتقل من أفرادها إلى غيرهم عن طريق الوراثة أو المصاهرة أو القرابة.

فقد جرى قضاء المحكمة العليا في شأن الحصانة المقررة بنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، على أنها حصانة نهائية لا رجوع فيها لتعلقها بتدبير من طبيعة استثنائية اتخذتها ثورة ٢٣ يوليو لضمان تحقيق أهدافها. فضلاً عن أن نص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ وإن لم يتردد في الصلتير اللاحقة عليه، فذلك لاستنفاد الحصانة التي قررتها هذه المادة لأغراضها، فلا يكون لتكرار النص عليها، من فائدة^(١).

وإعمالاً للنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦، صدر القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن أموال أسرة محمد على المصادرة، متوخياً منع المحاكم جميعها من سماع أية دعوى تتعلق بالأموال التي صادرتها مجلس قيادة الثورة، بما في ذلك ما يكون منظوراً من دعاوى أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون، ولو لم يكن الأشخاص المصادرة أموالهم، خصوماً فيها.

(١) محكمة عليا - القضية رقم ٣ لسنة ٥ قضائية عليا دستورية جلسة أول فبراير ١٩٧٥ - ص ١٩١ من القسم الأول من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية من ١٩٧٠ حتى نوفمبر ١٩٧٦. هذا وتنص المادة ١٩١ من دستور ١٩٥٦ على ما يأتي: "جميع القرارات التي صدرت من مجلس قيادة الثورة وجميع القوانين والقرارات التي تتصل بها وصدرت مكملة أو منفذة لها. وكذلك كل ما صدر عن الهيئات التي أمر المجلس المذكور بتشكيلها من قرارات وأحكام. وجميع الإجراءات والأعمال والتصرفات التي صدرت من هذه الهيئات أو من أية هيئة أخرى من الهيئات التي أنشئت بقصد حماية الثورة ونظام الحكم، لا يجوز الطعن فيها أو المطالبة بإلغائها أو التعويض عنها بأي وجه وأمام أية هيئة كانت".

وإن طعن بعدم دستورية الأحكام المتقدم بيانها أمام المحكمة الدستورية العليا، فقد صرح عليها أن تخوض في نطاق هذه الحصانة؛ ولم يثبها نص المادة ١٩١ من الدستور ١٩٥٦ عن حصر مجال تطبيقها في أصيق الحدود، وذلك تأسيساً منها على ما يأتي^(١):

أولاً: أن كل حصانة تضمنها الدستور على تدابير بذواتها بما يحول دون إلغائها أو التعميم عنها، ينبغي أن يتقيد مجالها بما يرتبط عقلاً بالأغراض التي توختها، وأن ينظر إليها على ضوء طبيعتها الاستثنائية، وبمراعاة أن الأصل في نصوص الدستور أنها تتكامل فيما بينها.

ثانياً: أن المصادرة التي قررها الدستور في شأن أموال أسرة محمد على وممتلكاتها، تجب موازنتها بحقوق الملكية التي كفلها، والتي ينظر إليها عادة بوصفها أحد العناصر المبنية لصون الحرية الشخصية التي لا يستقيم بنائها إلا إذا تحرر اقتصادياً من طلبون هذه الحقوق؛ وكان يوسعهم الاستقلال بشؤونهم والسيطرة عليها *A self-governing life*.

ثالثاً: أن أموال أسرة محمد على وممتلكاتها التي صادرها قرار مجلس قيادة الثورة، لا تتساقط على أصحابها في الأعم من الأحوال - دون جهد يبذل من جانبهم. ولكنها الأعمال التي باثروها - سواء في مجال تكوينها أو إتمامها - هي التي أنتجتها، فلا يكون تجريدهم منها بدون حق، إلا عدواناً جسيماً عليها.

رابعاً: أن المصادرة التي قررها دستور ١٩٥٦ - والتي لم تلغها التعديلات التي تلت - على ما قرره المحكمة العليا - لا شأن لها بأموال تملكها أشخاص من غير أفراد أسرة محمد علي؛ ولا بأموال جمعها أحد أفرادها عن غير طريقها، سواء يكسبهم لها قبل انضمامهم إلى هذه الأسرة، أو بتكوينها من خلال أعمال قانونية دخلوا فيها بعد انضمامهم إليها، ولم يكن لهذه الأسرة من شأن بها.

خامساً: أن المصادرة التي صدر بها قرار مجلس قيادة الثورة، لا يجوز أن تشمل غير الأموال التي انتهبت هذه الأسرة في مصر، إذا قام الدليل على اغتصابها لها. لذلك أن أشار المصادرة لا يجوز أن تكون تكالاً لأفراد هذه الأسرة لتحوط بأموالهم جميعاً، فلا يبقى بعد ذلك لهم

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" - قاعدة رقم ٦٢ جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - ص ٩١٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

من شيء يعولون عليه معاشهم. وإنما يتعين أن يكون لهذه الحصانة نطاقها في إطار علاقة منطقية تصلها عقلاً بأهدافها. فلا يكون تسلطها على هذه الأسرة تأفياً لوجودها، ولا مبدداً حصتها في الحياة، ولا معطلا جريان حقوق لا صلة لها بأموال انتهيتها^(١).

• • •

٣٧٤- تلك هي الدعائم التي قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية المشار إليها.

وظاهر منها أن تعطيل نص في الدستور لحقوق الملكية فيما هو مشروع من مصادرها، بما مجرد أصحابها منها بغير حق، ويعامل أموالهم التي انتهبوا وفق القواعد ذاتها التي تحكم أموالهم التي تلقوها بعرقهم وجهدهم، مؤداة حرمانهم من الحق في الحياة الملائمة بما ينالض القيم التي تعلق الدستور والتي يندرج تحتها حماية الملكية الخاصة؛ وناتج العمل؛ وكذلك الحق في الحياة.

وفضلاً عما تقدم، فإن ما تقرره بعض النساتير من عدم جواز تعديل بعض الحقوق المنصوص عليها فيها، مؤداة أن النصوص التي تكفل هذه الحقوق، يتعين أن تبقى على حالها بالنظر إلى احتوائها على القيم وأرفعها، وتأتي كرامة الفرد في مقدمة هذه القيم، ومنها تنفزع كل حقوق الإنسان كأساس للحرية، وكضمان للسلام وحفاظ العدل^(١).

(١) انظر في ذلك المادة ٧٩ من القانون الأساسي الألماني -الدستور- التي تقضي بأن تعديل نصوص هذا القانون فيما يتعلق بتقسيم الاتحاد إلى مقاطعات Landar، وإسهام هذه المقاطعات في العملية التشريعية؛ وكذلك تعديل حقوق الإنسان المنصوص عليها في المواد من واحد إلى عشرين من ذلك القانون الأساسي، يكون محظوراً.

المبحث الثامن

ضمان تكوين هيئة الناخبين وفقاً للمستور

٣٧٥- ليس حق الاقتراع غير تعبير عن حق المواطن في أن يتكلم، وصورة من صور حرية التعبير التي تقوم في جوهرها على تبادل الآراء ومقابلتها ببعض، ثم تقييمها أيا كان مضمون هذه الآراء أو طريقة عرضها، أو مصدرها أو صفة الناقلين بها؛ وبغض النظر عن أشخاص من يتلقونها.

وحرية للتعبير بذلك مدخل لضمان الحرية الفردية: حرية الفرد في أن يقول ما يراه حقاً، وأن يعرض على آخرين، الآراء التي يقدر صوابها أو ضرورة إعلانها ولو عارضوه فيها، وأن ينتقد كذلك توجهاتهم أيا كان مضمونها.

وقد تصادم هذه الخبرة السلطة في ركائز سياستها وجوهر اختياراتها. فلا يكون الإصرار على ممارستها إلا ضرورة يقتضيها تحقيق تغيير بالوسائل السلمية في البنيان الاجتماعي؛ وإنهاء لتفرد السلطة واحتكارها حتى تنهيا للفرص الكافية التي يكون فيها للحكم ديموقراطياً.

ولا يتصور بالتالي أن تكون حرية التعبير مقصودة لذاتها، ولا أن يعتصم الأفراد بها تعبيراً عن قدراتهم الذهنية على الجدل وإدارة الحوار؛ ولا أن تكون صرخة في فضاء عريض لا يسمعها أحد.

ذلك أن الأفاق المفتوحة وحدها Free and open encounter، هي الضمان لحرية التعبير، وهي التي تكفل للجماعة طرائق تقدمها، ولا يجوز بالتالي تعطيلها -ولو في بعض جوانبها- ولا أن يكون القانون معولاً بنقض عليها، ليفرض بالقوة صمتاً على الآخرين.

ويمتثل بذلك أن تتوافر حرية التعبير بغير التعامل في الآراء والأفكار The free trade in ideas قولاً وتلقياً ونقلًا، فإذا انطلق سوق عرضها، أو كان مقصوراً على فريق دون آخر، لم يعد للأراء مجال يكفل تنافسها أو تزاحمها، بما يناقض جوهر هذه الحرية التي تقتضي تعددية الآراء، ليس فقط في مواجهة الأثرياء الذين يملكون وسائل الإعلام ويسخرونها لمصالحهم؛ ولكن كذلك قبل الدولة لردعها عن اضطهاد خصومها وإسكاتهم.

وإذا جاز القول بأن من الآراء ما يتوخى تزوير الحقيقة، أو تحريفها، أو إثارة الغبار حولها؛ إلا أن الآراء التي تؤمن بها، هي التي نراها صوابا من خلال الإقناع بمضمونها. لا إقناع بخير تعبير.

وفي إطار حرية التعبير، ليس ثمة فواصل قانونية بين التضليل وإرادة للتغيير؛ بين صدق توجهاتها وزيفها؛ بين القبول بالحقائق ومحاولة طمسها؛ بين الإرادة المتحضرة البصيرة، والطريق إلى تغييبها. ولا يحول ذلك دون القول أن حرية التعبير لا تتوخى أصلا غير إزهاق الباطل بالحق، والتعبير بمظاهر القصور في العمل العام، وتحديد نطاق حقوق الأفراد وحررياتهم، وعدول عن أوضاع تعارضها إلى بدلتها.

وحرية التعبير بذلك في اتصال مباشر مع إرادة التغيير في كل قطاع، اجتماعيا كان أم اقتصاديا أم سياسيا. ومن ثم لا تتحل جدلا عقيما، ولا حواراً حول قيم نظرية تفصل عن واقعها. ولا تنحصر أهدافها كذلك في مجرد تقويم نظم الحكم غير الديمقراطية وتصحيحها. نلك أن دائرتها أعمق في رعايتها، وأعرض في مجالاتها، ووسائل تحقيق متطلباتها.

والعلوم بمناهجها وبحوثها وتباين أفرعها، مدخلها حرية التعبير، لا يتحقق ثراؤها في غيبتها، ولا تنهيا فرص تطويرها ما لم تنفتح آفاق حرية التعبير ليطرق أبوابها كل ولد يريد أن ينهل من روافدها.

وليس لازما أن تكون الآراء التي تشملها حرية التعبير محددة بصورة قاطعة؛ ولا أن يكون بيانها جليا فلا يخطئها الفهم؛ ولا أن تكون هي الحق فلا يأتيها باطل؛ ولا أن يكون توجهها بقصد تحقيق مصلحة لها وزدها. ذلك أن غموضها لا يمسقطها من الاعتبار. وليس بشرط لوجودها أن تنحصر فيما هو صادق من الأقوال. وجهامة بعض الآراء أو جمودها أو تخلفها، لا يجوز أن يمنعها. ولا ينال منها كذلك انصرافها إلى التعميم؛ ولا تطغى بحالة بذاتها تقتصر عليها. وتفضيل بعض الآراء على بعض، يؤكد حرية الاختيار ترجيحاً لأكثرها ملائمة لتحقيق تغيير يكون مطلوباً بوجه عام.

ذلك أن الغاية النهائية لكل تنظيم، هي ضمان حرية الأفراد في مجموعهم والعمل على تنمية ملكاتهم.

وحريتهم هذه هي الطريق إلى رخائهم، فلا يتكلمون بغير ما يؤمنون، ولا يؤمنون إلا بما يتكلمون. ولأحاديثهم دائماً هي الأفكار التي طرحتها عقولهم. وهم يحرسون على نشرها والترويج لها بوصفها خطوة على طريق الديمقراطية التي تفترض تسامحها مع خصومها؛ واستجابتها لحكم العقل؛ ويرفضها المفاهيم القائلة بأن ما تتوخاه حرية التعبير، هو تأكيد الشخصية الفردية، وضمان ذاتيتها. ذلك أن حرية التعبير لا تكوّن في غايتها - حول ذات الفرد. وإنما محورها الجماعة ليس فقط في خياراتها وطموحاتها، وإنما كذلك في مسائلها إلى تقييد اعوجاج قائم، وإلى تحقيق تطور تراه ضرورياً. ولئن كان بنيانها ثمرة جهود متفرقة، إلا أن هذه الجهود في نكاتها، هي التي ترشدنا إلى الطريق الأفضل لخطاها.

ومن ثم لم يجز في مجال حرية التعبير، التمييز بين صورها بطريقة انتقائية. ولا أن يكون الحمل على اعتناق بعض الآراء ولقاء في نطاق قيمها؛ ولا التترع بمخاطر تلبسها - على غير الحقيقة - لإرهابها أو لقمعها.

وليس لازماً كذلك أن يكون التعبير قولاً. إذ قد يكون سلوكاً واثياً بالآراء التي يراد إعلانها والتي لا يجوز تصنيفها بالنظر إلى موضوعها، أو على ضوء آثارها، ولا مصادره طرائق نقلها، بما يحول دون تداولها اتصالاً بها وتفاعلاً معها.

وكما تدخل المشرع بتدابير من شأنها تقويض الحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير؛ كان ذلك منها لأهدافها، معطلاً نقل رسالتها - وهي الآراء التي تقرأها، صحيحها وباطلها - إلى هؤلاء الذين تتغيا بإلاعهم بها^(١).

وكثيراً ما يعود إجهاض الدولة لهذه الحرية، إلى اعتراضها بالوسائل التي تملكها - على مضمون آراء بنواتها، أو إلى توهمها مخاطر تنسبها إلى ما تتصوره من أضرار تنجم عن اتصال آخرين بها. فلا يبقى لحرية التعبير غير صورتها المظنة المجالية لحقيقتها.

وهو ما يتحقق بوجه خاص من خلال تحفظها على بعض الآراء، قولاً منها باتصال الآخرين بها بطريقة غير مشروع^(٢).

(١) Police Department of the city of Chicago. V. Mosley, 408 U.S. 92, 95-96 (1972).

ويتعين بالتالي إذا أريد حرية التعبير أن تحيا في إطارها الصحيح، أن نوازنها بمخاطر إطلاقها من القيود، فلا يكون تدخل الدولة مقبولا إذا جاوز مجرد تنظيمها إلى حد تعويق أهدافها.

فإذا لم يكن تقييد هذه الحرية -في أحوال بذاتها- متصلا بمخاطر ظاهرة نذرنا -سواء كانت حالة أو راحة أسبابها- فإن إطلاقها من عقابها، يكون واجبا.

وحرية للتعبير هذه، هي التي جاء قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأنها قاطعا في أن: <ضمنان نص المادة ٧٤ من الدستور حرية للتعبير عن الآراء- سواء في مجال التمكين من عرضها، ونشرها سواء بالقول أو بالتصوير أو بطباعتها أو بتكوينها، أو بغير ذلك من وسائل التعبير، قد تقرر بوصفها الحرية الأصل التي لا يتم للحوار المفتوح إلا في نطاقها؛ وأن هذه الحرية أعمق تأثيرا في مجال اتصالها بما هو عام من الشؤون؛ وأن حق الفرد في التعبير عن الآراء التي يريد إعلانها ليس منطوقا على صحتها؛ ولا متمشيا مع الاتجاه العام في بيئة بذاتها؛ ولا بالفائدة العملية التي يمكن أن تنتجها>.

<فضلا عن أن الذين يعتمدون بنص المادة ٤٧ من الدستور، لا يملكون مجرد الدفء عن القضايا التي يؤمنون بها؛ بل كذلك اختيار الوسائل التي يقدرون مناسبة وفاعلية في مجال عرضها أو نشرها، ولو كان يوسعهم إحلال غيرها محلها لترويجها>.

<ذلك أن ضمان الدستور لحرية التعبير، توخى أن تهيمن مفاهيمها على مظاهر الحياة في أعماق منابها بما يحول بين السلطة وفرض وصايتها على العقل العام، فلا تكون معايير الشخصية مرجعا لتقييم الآراء التي تتصل بتكوينه، ولا علقا يحول دون تنقيحها>.

<كذلك فإن أكثر ما يهدد حرية التعبير، أن يكون الإيمان بها شكليا، أو أن يفرض أحد على غيره إصماتا ولو بقوة القانون. بل يتعين الإصرار عليها بوصفها قاعدة لكل تنظيم ديموقراطي لا يقوم إلا بها. ولا يعدو الإخلال بها أن يكون إنكارا لطبيعة أن حرية التعبير لا يجوز فصلها عن أدولتها، وأن وسائل مباشرتها يجب أن ترتبط عقلا بأهدافها. فلا يعطل المشروع

(١) ومن ذلك قولها بأن حرصها على نفاذ الطرق من الأوراق التي تلقى فيها، يقتضيها جمعها في صناديق القمامة، كي تخفي بهذا الادعاء، رغبتها في ألا يقرأ أحد ما حوته تلك الأوراق من عبارات.
Schneider V. Town of Irvington, 308 U.S. 147 (1939).

مضمونها، أو ينالض الأغراض المقصورة من إرسائها؛ ولا يتسلط عليها المناهضون لها من خلال وجهة نظر يقولون بها استعلاء ولو كان ألقها ضيقا، أو كان عقمها وتحزبها باديا^(١) <<.

وما تقدم مؤدها، أن إجهاض الدولة لأراء لا تقبلها بالنظر إلى مضمونها، ينال بالضرورة من حرية التعبير، سواء تدخلت بطريق مباشر لإقاعها؛ أو كان تدخلها مائرا بأن كان محايدا في مظهره، دالا في حقيقة على نواياها، ومؤكدا رغبها في السيطرة على الأراء التي تعارضها، وإيقاع جزء على تدولها.

ولئن صح القول بأن الدولة قلما تطن عن مقاصدها من تشريعاتها أو إجراءاتها، ولو كان من أثرها التدخل في حرية التعبير بقصد تخجيرها أو قتلها، إلا أن هذه الآثار هي التي يتعين أن يركز قضاء الشرعية الدستورية اهتمامهم عليها، وصولاً لتحديد نطاق هذا التدخل؛ وما إذا كان كقلًا تدفق الأراء على اختلقها، أو منتهيا إلى إجهاضها.

ولا يجوز بالتالي أن تفاضل الدولة بين المتحدثين في اجتماع عام من خلال دعمها لأحدهم دون الباين. إذ ليس لها أن تفرض إملاء موضوع أعاليتهم، ولا أن تحدد أشخاصا بذواتهم لتناولها؛ ولا أن تبصر الحاضرين بمخاطرها؛ ولا أن تمنعهم من مناقشتها؛ ولا أن ترصد موقفهم منها. ذلك أن موضوع الاجتماع لا يخص غير الذين ينقلون أبعاده والذين ينقلونها. ولا تقتصر القيمة الحقيقية لحرية التعبير في مجرد التلق بلراء نؤمن بها، وإنما تكمن أهميتها وحيويتها في نقلها إلى الآخرين لإبلاغهم بها بما يكفل اتساع دائرتها.

المطلب الأول

المدخل إلى حق الاقتراع

٣٧٦- وحرية التعبير هذه، هي مدار حق الاقتراع، ومحور تنظيم العملية الانتخابية وإدارتها. فلا يكون ضمان هذه الحرية إلا عنصرا فاصلا فيها، دالا على مصداقيتها، كقلًا حق المواطنين -المؤهلين لمباشرة الحقوق السياسية- في الإدلاء بأصواتهم بما لا يخل بكافتها فيما بينها.

(١) "دستورية عليا" -القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -قاعدة رقم ٢٧ -جملة ٣ فبراير ١٩٩٦-ص ٤٧٥ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

فلا يتفاوتون في وزن أصواتهم، ولا في فرص تمثيلهم في المجالس النيابية. وإثما يتساوون في قيمتها من خلال التوفيق قدر الإمكان بين عدد السكان في الدائرة الانتخابية، وعدد المرشحين الذين ينتخبون منها.

ويتعين كذلك أن تتوافر للمرشحين في الدائرة الانتخابية جميعها، الفرص ذاتها التي يعرفون من خلالها هيئة الناخبين ببرامجهم ويقدرتهم على الدفاع عن مصالحها، كي تقاضل بينهم على ضوء اقتناعها بأجدرهم في الحصول على نقتها.

ولئن جاز القول بأن هذه الحقوق جميعها تبلور مصالح مختلفة، إلا أنها تتحد في جنورها، ذلك إنها نتاج للنظم التمثيلية القائمة على حرية اختيار هيئة الناخبين -وفق قواعد موضوعية لا تميز فيها- لهؤلاء الذين ينوبون عنها في مجالس الحوار Deliberative Assemblies التي يسميها البعض تارة بالمجالس التمثيلية Representative Assemblies وطورا بالمجالس النيابية Parliaments.

الفرع الأول

القيد على حق الاقتراع

٣٧٧- ولقد كان حق الاقتراع Le droit du suffrage مقيدا من خلال قصره على أشخاص بذواتهم بناء على ألقابهم، أو ثرواتهم أو طبقتهم السياسية^(١)، أو قدراتهم الذهنية التي تحددها ألوانهم^(٢) Suffrage Capacitaire. ثم صار حق الاقتراع عاماً وسرياً ومتكافئاً Universal, égal, et secret وتقرض هذه الشروط نفسها على المشرع، فلا يجوز حرمان العسكريين أو المعارضين من مباشرة هذا الحق، ولا للتمييز في مجال الانتفاع به بين الرجل والمرأة؛ ولا بين القادرين ماليا Le aptitudes intellectuelles والمعوزين، ولا بين المتفوقين عقليا Le capacités fiscales والمتخلفين؛ ولا للنظر إلى الاقتراع باعتباره حقا اختياريا، لا وظيفة يتعين أن تؤدي، فلا يتطلى مواطن عنها.

(١) كطبعة البروليتاريا في الاتحاد السوفيتي قبل تصدعه.

(٢) ومن ذلك استبعاد بعض الولايات الأمريكية الزوج من حق الاقتراع حتى في القرن العشرين.

الفرع الثاني

خصائص حق الاقتراع

٣٧٨- ويتعين دوماً أن يكون الاقتراع شخصياً، لا جماعياً^(١) Le vote plural ولا أسرياً Familial، وأن يكون علنياً^(٢). ولا يجوز في أية حال تقرير مزاي لأشخاص في مجال مباشرة هذا الحق، بما يجعلهم أكثر أهمية من سواهم.

ويبشر قضاء الشرعية الدستورية، أدق صور رقابتهم وأكثرها صرامة في مجال تقييمهم لصور التمييز التي يفرضها المشرع في شأن حق الاقتراع والتي تتحدد دستوريته على ضوء قدر فعاليتها لضمان هذا الحق، ومغوليتها في مجال تنفيذه^(٣) - وعلى تقدير أن غايتها هي أن يتكافأ المواطنون في وزن أصواتهم بما يكفل تساويهم في قيمتها فلا يكون لأيهام في النظم التمثيلية التي تقوم على إرادة الاختيار، غير صوت واحد Un electeur égale un voix- one man one vote.

ولا يجوز بالتالي التمييز بين المواطنين بصورة افتقائية لحرمان المعاقين جسدياً، أو الذين لا يجيدون الكتابة، أو الذين يرفضون أخذ بصمة إصبعهم، من هذا الحق. ذلك أن قضاء الشوعية الدستورية، لا يقبل من المصالح التي يبرغ بها المشرع القيود التي تفرضها على حق الاقتراع، غير تلك التي تكون قاهرة في حقيقتها Compelling interests، ويشترط أن يكون ضمان المشرع لها بأقل الوسائل تقييداً لهذا الحق The least restrictive means.

الفرع الثالث

ضوابط مباشرة حق الاقتراع

٣٧٩- ويتعين دوماً أن تفصل بين كل اقتراع وآخر فترة زمنية معقولة^(٤) La périodicité raisoenable de l'exercice par les électeurs de leur droit de vote : وأن يتخذ المشرع من الوسائل

(١) C.C. 78- 101 D.C., 17 janv 1979, R.p. 23.

(٢) أبطل المجلس الدستوري الفرنسي انتخابات كاملة لأنها لم توفر فرص التصويت السري.

Proclamation du 9 nov.1988, R.p. 199.

(٣) Harper V. Virginia Board of Elections, 383 U.S. 663 [1966].

(٤) C.C. 90- 280 D.C., 6 dec. 1990, R.p. 61.

ما يكفل إسهام أكبر عدد من المواطنين في عملية الاقتراع، وأن يكون تنظيمه بالتسالي لشروط مباشرة الحقوق السياسية، مفهوماً وفعالاً.

فلا يناقض هذا التنظيم طبيعة هذه الحقوق، ولا متطلباتها. ولئن جاز للمشرع استبعاد القصر والجانحين الذين لم يرد إليهم اعتبارهم، وكذلك من أصابهم عارضٌ فسي العقل، من نطاقها^(١)، إلا أن حرمان الأسوياء -أيًا كان لونهم أو قدر ثقافتهم أو طبيعة مراكزهم- من الحقوق السياسية التي صاروا مؤهلين لمباشرتها بحكم نضجهم ونقاء سمعتهم؛ يكون محظوراً، سواء تعلق الأمر بحق الاقتراع أو بالحق في الترشيح. ذلك أن هذين الحقين يتبادلان التأثير فيما بينهما، ويفترضان مباشرتهما من خلال نظم انتخابية لا يملوها التحكم، بما يقبها إحصافها.

وإذا جاز أن يغير المشرع بين شروط مباشرة حق الترشيح، وشروط مباشرة حق الاقتراع، إلا أن صفة المواطنة هي التي يفتح بها الطريق لمباشرة حق الاقتراع وفق شروط متكافئة يناقضها تقسيم المواطنين إلى فرق شتى^(٢) ولو قام الدليل على تناقض مصالحهم. ذلك أن الأصل في السيادة أنها لا تنتجز، بما مؤداه وحدة الكيان السياسي للجماعة. وهي وحدة لازمها وحدة الشروط التي يباشر الناخبون من خلالها حق الاقتراع، فلا يمايزون فيها بناءً على فوارق اجتماعية أو أسرية أو دينية أو جنسية. فالعاطلون والأثرياء يتكافأون في شرط المواطنة، وهي مصدر تساويهم في حق الاقتراع.

كذلك فإن الطبيعة الديموقراطية للنظم الحكم، لازمها أن يكون حق الاقتراع شاملاً كافة الداخلين المؤهلين لمباشرة هذا الحق، وأن يكون منتجاً.

(١) يلاحظ أن المشرع قد يشترط لمباشرة الناخب لحق الاقتراع، أن يكون مقوماً في الدائرة الانتخابية التي ينسب بصوته فيها. ومثل هذا الشرط لا يخالف فيه، R.P. 34, 2 Juin 1987, C.C. 87 - 226 D.C. على تقدير أن ممن يقومون في الدائرة بمرورهم مشكلاتها ويصرون اهتماماتها، ويتقنون على حقيقة الأمر في شأن المرشحين بها، وغالباً التفضيل فيما بينهم، وليس لمواطن بالتالي حرية اختيار الدائرة التي يقيد فيها، ومع ذلك فمثل السدة التي يشترطها المشرع لإقامة الناخب في الدائرة الانتخابية، هي التي تجوز المجادلة فيها، والاعتراض عليها من ناحية دستورية وذلك إذا جاوز المشرع بها الحدود المنطقية. وهو أمر نذكره جهة الرقابة على الدستورية. C.C. 82 - 146 D.C. 18 Nov. 1982, R.p. 66.

فلا يباشره هؤلاء بما يؤثر في وزن أصواتهم؛ أو يفرقها أو يحورها، أو بما يفصل حق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس التنيابية، عن حق الناخبين في المفاضلة بينهم ترجيحاً من جانبهم لأكثرهم في النفاق عن مصالحهم.

ولإنما يتعين دائماً أن تتكامل مراحل العملية الانتخابية، وأن يوفر لها المشرع الأسس المنطقية اللازمة لضبطها؛ بما يصون حيديتها، ويحقق تكافؤ الفرص بين المترشحين فيها في إطار من الحقائق الموضوعية التي تتصل بها؛ ودون إخلال بتبادل الآراء في نطاقها بتبادلاً خراً غير معاق، حتى لا تتلون الحياة السياسية بلون واحد، ولا تكون الإرادة الواحدة من أعلى، محورا لها أو موجها لمركبتها^(١).

على أن يكون مفهوماً أن قصر حق الاقتراع على المواطنين لا يجوز أن يتعلق بغير انتخاباتهم التي يعبرون من خلالها عن الميادة الوطنية. ويجوز بالتالي أن يكون غير المواطن ناخبا في النظم النقابية والجامعية، وفي اختيار مجلس إدارة المشروع^(٢).

الفرع الرابع

إشراف الهيئات القضائية على حق الاقتراع

٣٨٠- وقد حرص نص المادة ٨٨ من دستور مصر - لأول مرة- على أن يبسط أعضاء الهيئات القضائية إشرافهم على عملية الاقتراع حتى يسكوها بأيديهم، ويكون إشرافهم عليها حقيقيا لا منتحلاً، وشرط ذلك أن يكون هؤلاء الأعضاء قضاة بمعنى الكلمة يفصلون فيما عهد به الدستور إليهم من خصومات قضائية أيا كانت طبيعتها. ولا يعتبر في حكم القضاة أعضاء النيابة الإدارية أعضاء هيئة قضايا الدولة ذلك أن هؤلاء وهؤلاء ملحقون بهم في بعض ضماناتهم كخطر

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٦ اق دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٧ - ص ٤٧٦ وما بعدها من الجزء السابع.

(٢) قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن صفة الشخص كمواطن في الاتحاد الأوروبي، تفتح الطريق لمباشرته حق الاقتراع في الانتخابات الأوروبية. R.P. 25, 308 D.C.9 avril 1992, C.C.92. بين من حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية دستورية - المنشور في ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع، أنه اعتبر النيابة الإدارية هيئة قضائية في تشكيلها وضماناتها. وذات للقاعدة تطبق على هيئة قضايا الدولة.

عزلهم إلا عن طريق مجالسهم الانتخابية. وليس من شأن هذا الإلحاق أن يضيفهم إلى القضاة ولا أن يجعلهم في حكمهم^(١) على أن يكون مفهوماً أن عملية الاقتراع التي يشرفون عليها، لا تقتصر على مرحلة إلقاء المواطنين بأصواتهم في الصناديق الانتخابية؛ ولا على فرز أصواتهم هذه لتحديد صحيحها من باطلها ثم رصدها؛ ولكنها تشمل كذلك ربحكم الاقتضاء العظمى - كافة المراحل التي تسبقها بشرط إفضائها إليها. ذلك أن الذين يملكون بأصواتهم في صناديق الاقتراع، هم المواطنون المؤهلون لمباشرة الحقوق السياسية. والقيد في الجداول الانتخابية بعد تحقيق بياناتها، هو الدليل على أن المرشحين بها، مواطنون يملكون هذه الحقوق. فلا تكون مراقبة عملية القيد في هذه الجداول إلا عملاً قضائياً لا ينفصل عن ذات الحق في الاقتراع.

ويتعين بالتالي أن يبسط للقضاة ومن في حكمهم إشرافهم على تلك الجداول بقصد تنقيتها من شوائبها حتى لا يدرج فيها دخلاء عليها لا صلة لهم بها.

وإذا كان من شروط مباشرة الحقوق جميعها - ربحض النظر في طبيعتها - أن تتوافر لها بيئتها الملائمة؛ فلا يرد أصحابها عن طلبها، ولا يرهقون في الانتفاع بها؛ فإن طريق الناخبين إلى صناديق الاقتراع؛ يتعين ألا يعاقب بوعد أو بوعيد.

ذلك أن إغواءهم لحملهم على التصويت على نحو معين؛ أو منعهم من اللفاز إلى الصناديق الانتخابية، تعطيل لحقهم في الاقتراع لا يقل سوءاً عن إبطال صحيح أصواتهم أو تكديس تلك الصناديق بأصوات لم يدل أحد بها.

(١) بين من حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية "مصرية" - المنشور في ص ١١١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع، أنه اعتبر اللجنة الإدارية هيئة قضائية في تشكيلها وضابقتها. وذات القاعدة تطبق على هيئة قضايا الدولة. بيد أن هذا الحكم منتقد. ذلك أن بسط إشراف أعضاء الهيئات الانتخابية على مباشرة المواطنين لحق الاقتراع هو أن يتوافر لهؤلاء الأعضاء الاستقلال والحيدة الكاملة التي لا تجعل السلطة التنفيذية تؤثر عليهم، وهو ما لا يتحقق لا في اللجنة الإدارية ولا في هيئة قضايا الدولة. كذلك فإن البين من استقراء نصوص دستور مصر، أنه لم يطلق وصف الهيئة القضائية إلا على مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا. وهما هيئتان قضائيتان متصلتان في منازعات من طبيعة قضائية. فإذا أراد المشرع أن يلحق بها هيئات قضائية أخرى، تبين أن تتوافر في الهيئة القضائية التي ينشأها، خاصية الفصل في منازعات من طبيعة قضائية.

ويتعين بالتالي إذا أريد لحق الاقتراع أن يكون متكاملًا وفق الدستور؛ أن يفرض القضاء ومن في حكمهم إشرافهم على العملية الانتخابية من بندها وحتى نهايتها. فذلك هو ما قصد الدستور إلى تحقيقه بنص المادة ٨٤ التي صاغها لضمان دوران العملية الانتخابية في كافة مراحلها وفق ضوابط سيرها الصحيح. فلا يشوهها تدخل في شأن من شأنها يخل بمصداقيتها، ويقحم الفائزين فيها على هيئة الناخبين بالخداع والتكليس.

ولم يكن ممكنا في إطار أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، أن يتم الاقتراع في اللجان الانتخابية بطريقة ديموقراطية تكون نتائجها تعبيراً عن حقيقة ما تم فيها. ذلك لأن عملية الاقتراع ذاتها تتم في اللجان الفرعية -لا في اللجان العامة- وذلك وفقا لصريح الفقرة ٥ من المادة ٢٤ من هذا القانون^(١).

وبينما نص قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية في المادة ٢٤ على أن يكون رؤساء اللجان العامة من بين أعضاء الهيئات القضائية في جميع الأحوال، فإن هذه المادة ذاتها لا تقتضى هذا الشرط في رؤساء اللجان الفرعية، وإنما تجيز تعيينهم من بين العاملين في الدولة أو القطاع العام. أما أعضاء الهيئات القضائية، فلا يختارون لرئاستها، إلا بقدر الإمكان.

ولم يكن القضاء بالتالي يحكمون قبضتهم على اللجان الفرعية، ولا يصرفون شيئا من أمورها، وإنما كان يهيمن عليها العاملون في الدولة أو القطاع العام الذين يسهل دائما إخضاعهم لتأثير السلطة التنفيذية وضغوطها، بل وتهديداتها بالنظر إلى أن وظائفهم لا تؤمن حينتهم، ولأنهم خاضعون مباشرة لرؤسائهم التابعين أصلا للسلطة التنفيذية، والذين لا يلتزمون بغير توجهاتها، مما جعل العملية الانتخابية بعيدة في قواعد ضبطها عن الحيادة، منافية في سيرها للتجرد، بل تحيطها المبالاة من خلال السلطة التنفيذية التي تفرض عليها إرادتها، حتى بعد تعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية بقانون آخر، هو القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠.

(١) تنص الفقرة (٥) من المادة ٢٤ المشار إليها على أن تشرف اللجان العامة على عملية الاقتراع لضمان سيرها وفقا للقانون، أما عملية الاقتراع فتبشرها اللجان الفرعية.

ذلك أن هذا القانون، وإن نص في المادة ٢٤ مكرراً على أن تشكل في مقر كل لجنة من اللجان العامة، لجان إشرافية يكون رؤساؤها وأعضاؤها من الهيئات القضائية، على أن تباشر كل واحدة منها إشرافها على عدد من اللجان الفرعية، وبما يكفل تناسبها -في عددها- مع مواقع المقار الانتخابية وعدد ما بها من لجان فرعية؛ إلا أن اللجان الإشرافية الجديدة، لم يكن يوسعها أن تتبسط إشرافها الحقيقي على اللجان الفرعية التي تخصصها. إذ يفترض ذلك تواجدها في اللجان الفرعية التي تشملها برقيتها منذ بدء العملية الانتخابية وحتى انتهائها في الزمن المحدد لها.

وهو افتراض غير متصور عملاً، لأنها تتردد فيما بين هذه اللجان الفرعية؛ ولا يتصور أن تظهر فيها جميعاً في آن واحد. بل يكون إشرافها عليها واقعا في فترة قصيرة، هي تلك التي تقضيها في كل لجنة من اللجان الفرعية أثناء مرورها بها حتى إذ غلظتها؛ انفرط عقد العملية الانتخابية من جديد، ولا يستأ سوءاتها، وخالفها كل عمل أو إجراء يقوض مصداقيتها، ويهبط بقيمتها، ويعطل الأغراض المقصودة منها.

فلا تظهر العملية الانتخابية باعتبارها واقعة في إطار السيطرة الكاملة للجان القضائية الإشرافية؛ وإنما هي نظرة عابرة تلقى عليها، فلا تبصر حقيقة واقعتها، ولا تحيط بدخائلها، ولا يكون نتاجها بالتالي سلطة تشريعية وقع اختيار هيئة الناخبين على أعضائها، وإنما هي سلطة تشريعية أفرزتها السلطة التنفيذية بتدخلها السافر في العملية الانتخابية، وتوجيهها لها.

ومن ثم تباشر السلطة التشريعية ولايتها المنصوص عليها في المادة ٨٦ من الدستور على ضوء خضوعها المباشر للسلطة التنفيذية بالنظر إلى اندماجها فيها؛ ولأنها تدين في وجودها لها.

وكان منطقياً بالتالي أن يتطرق البطلان إلى كثير من القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية؛ وإلى تكوين هذه السلطة في ذاتها من خلال أحكام متعاقبة كان آخرها الحكم الصادر في الدعوى رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية بجلستها المعقودة في ٨ يوليو ٢٠٠٠ الذي قضى بأن شرط إجراء عملية الاقتراع وفقاً لنص المادة ٨٨ من الدستور، أن يكون رؤساء اللجان الفرعية من بين أعضاء الهيئات القضائية كضمان نهائي لحيدة العملية الانتخابية، وكطريق وحيد إلى الديمقراطية

في مفهومها الصحيح^(١). وإذا صدر بعد هذا الحكم النهائي قانون يعيد تنظيم العملية الانتخابية وفق مقتضاة - هو القانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١ - إلا أن هذا القانون كان معيباً كذلك من النواحي الآتية:

أولاً: أن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية، وإن عدل الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من هذا القانون بما يكتل تعيين رؤساء اللجان الفرعية التي يتم الاقتراع من خلالها، من بين أعضاء الهيئات القضائية؛ إلا أن هذه اللجان التي كان يصدر بتشكيلها قرار من وزير الداخلية، لا يزال محظوراً عليها مباشرة عملية فرز أصوات الناخبين، إذ يتم هذا الفرز - عملاً بنص المادة ٣٤ من ذلك القانون - عن طريق لجنة الفرز التي يرأسها رئيس اللجنة العامة ويكون رؤساء اللجان الفرعية أعضاء بها. وقد كان هذا الاتجاه مفهوماً قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية المقيدة بجدولها برقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "مستورية". فقد أبطل هذا الحكم ما كانت تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون مباشرة الحقوق السياسية فيما تضمنته من جواز تعيين رؤساء اللجان الفرعية من غير أعضاء الهيئات القضائية. وإذا صار رؤساء هذه اللجان جميعهم من هؤلاء الأعضاء، فلم يعد منطقياً إقصاء هذه اللجنة عن عملية فرز الأصوات التي أدلى بها أمامها، ولا أن يكلفها المشرع بنقل صناديقها إلى لجان الفرز التي تبعد مواقعها كثيراً عن اللجان الفرعية بما يسهل تغيير هذه الصناديق أو تكديسها بأصوات جديدة لم يذل أحد بها، أو نزع أصوات صحيحة منها تلاعباً فيها، بما يفسد العملية الانتخابية ويشوه نتائجها.

وكان الأولى أن تفرز أصوات الناخبين في اللجنة الفرعية في خضور مندوبين عن المرشحين، وبعد التحقق من صحتها، على أن تفصل اللجنة العامة في كافة الطعون المتعلقة بها وغيرها مما يتصل بدورن العملية الانتخابية وفق صحيح القانون، كالفصل في ادعاء حرمان أنصار أحد المرشحين من دخول اللجان الفرعية، أو إكراههم على الإدلاء بأصواتهم في اتجاه دون آخر.

(١) "مستورية عليا" - القضية رقم ١١ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ٨ يولييه ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٧٨ - ص ٦٦٨ - وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

ثانياً: أن عملية الاقتراع في ذاتها تتدخل مرحلتها، ولا تقتصر بالتالي على المرحلة التي يدلي الناخبون فيها بأصواتهم في صناديق الاقتراع، وإنما تنقسمها وترتبط بها مرحلتان أخريان.

أولاهما: مرحلة التقيّد في الجداول الانتخابية. وهذه يتعين أن يكون تحقيقتها، وليس مجرد الفصل في الطعون المتعلقة بها^(١) -موكلاً إلى الهيئة القضائية- ذلك أن الأشخاص الذين يقفون في هذه الجداول يملكون مباشرة الحقوق السياسية، وغير محرومين منها بالتالي أو موقوفين عن استعمالها. وتلك مهمة قضائية صرفة لا يجوز أن نتولاها وزارة الداخلية، وهي جزء من السلطة التنفيذية.

ثانيتهما: مرحلة دوران العملية الانتخابية -وهي الأهم- ذلك أنها تتصل بكل واقعة تلابس سيرها وبطلها. ومن ذلك نوع للتدبير التي اتخذتها وزارة الداخلية قبل الناخبين لمنعهم من التوجه إلى صناديق الاقتراع، أو للتأثير في وجهة أصواتهم وحملهم على الإدلاء بها على نحو معين، أو إفزاعهم بالتهديد لصرفهم عن واجبه في الدعوة لأحد المرشحين، أو حرمان مندوبي المرشحين من مراقبة عملية إدلاء الناخبين بأصواتهم ورصدها، أو إزهاق رؤساء اللجان الفرعية بأوضاع غير ملائمة يعملون فيها، أو الامتناع عن تلبية طلباتهم التي يتوخون بها ضبط العملية الانتخابية، وضمان حيديتها.

ثالثاً: أن عملية الاقتراع في ذاتها، تقتض التحقق من صفة الأشخاص الذين يدلون بأصواتهم في اللجان الفرعية ويتعين أن يتم التكفل على صفاتهم هذه من خلال أوراق رسمية، وليس عن طريق أشخاص يتعرفون على الناخبين كمندوبي المرشحين.

(١) تنص المادة ١٥ من قانون مباشرة الحقوق السياسية على أن لكل ناخب قيد اسمه في جداول الانتخاب أن يطلب قيد اسم من أهمل بغير حق أو حذف اسم من قيد من غير حق أو تصحيح البيانات الخاصة بالقيد. وتنص المادة ١٦ من هذا القانون على أن تتصل في الطلبات المشار إليها في المادة السابقة لجنة مؤلفة من رئيس المحكمة الابتدائية رئيساً وعضوية منير الأمن بها!! ورئيس نيابة بخناره النائب العام.

المطلب الثاني

ضمان مصداقية العملية الانتخابية.

٣٨١- ترتبط مشروعية ومصداقية لتمثيل النيابي في بلادنا، بالكيفية التي يباشر المواطنون من خلالها حق الاقتراع. وهو حق لا يجوز التمييز فيه بين المواطنين، ولا قصره على من يملكون مصادر الثروة، أو حجبه عن المعارضين، أو تقريره بما يخل بتكافؤ أصوات الناخبين في وزنها، أو على نحو ينقص تمثيلهم في فرص مباشرتهم لحق الاقتراع. ذلك أن السيادة لا يباشرها إلا المواطنون في مجموعهم. وهم يمارسونها بطريق غير مباشر من خلال أصواتهم التي يختارون بها من يمثلونهم في المجالس النيابية.

ويفترض انضمامهم إلى الدولة كوحدة سياسية تجمعهم، وحدة للشروط التي يمارسون السيادة من خلالها. فلا يجوز التمييز بينهم في ذلك، بناء على أوضاع طبقية أو اجتماعية أو أسرية أو على ضوء صفاتهم أو مصالحهم أو توجهاتهم أو انتماءاتهم، أو تغير ذلك من العوامل التي لا شأن لها بطبيعة حق الاقتراع ولا بالشروط للمنطقية لمباشرة هذا الحق.

ومن ثم يرتبط مفهوم المواطنة بمباشرة المواطنين لحقوق السيادة الوطنية، سواء كان ذلك بصفتهم ناخبين يتمتعون بالفرص الحقيقية التي يفاضلون من خلالها بين المرشحين على ضوء اقتناعهم بقدرتهم على التعبير عن القضايا التي تعنيهم؛ أم بوصفهم مرشحين يفاضلون وفق قواعد منصفة من أجل الفوز بالمقاعد التي يتنافسون للحصول عليها في المجالس النيابية.

وقد كفل الدستور لكل مواطن حق الانتخاب وحق الترشيح وهما حقان يتبادلان التأثير فيما بينهما. ذلك أن ما يفرضه المشرع من قيود غير منطقية على أحدهما، ينمكس بالضرورة سلباً على الآخر. ومن ثم كان ضمان حرية الناخبين في الإدلاء بأصواتهم، وحرية مفاضلتهم بين المرشحين في الحملة الانتخابية، من الشروط الجوهرية لصحة جريانها، فلا تعطل حينتها أموال تتكفّف فيها بغير ضابط، ولا تدابير بوليسية ترهق المترشحين عليها وتصرفهم عنها، أو تقزع الناخبين بما يتبهم عن الإدلاء بأصواتهم. وصار لازماً بالتالي ضمان فرص حقيقية للناخبين في تقرير مصير الحملة الانتخابية؛ وللمرشحين في مجال عرض برامجهم والدفاع عنها، وأن يكون الحوار بين هؤلاء وهؤلاء جوهر الحملة الانتخابية، ودليل صدق نتائجها. فلا تؤثر فيها عوامل

خارجية تجعل إسهام المواطنين في الحياة العامة صورة غير مضمون. ويتعين على الأخص أن تتوازن حقوق المرشحين فيما بينهم، وأن تتكافأ فرصهم في النفاذ إلى وسائل الإعلام، وألا تكون سطوة المال طريقهم إلى صناديق الاقتراع.

وإذا كان ضمان مصداقية العملية الانتخابية، يفترض حيده القواعد القانونية التي تنظمها سواء تعلق الأمر بزمان أو مكان إجرائها أو كيفية مباشرتها؛ وكان لا يجوز للسلطة التشريعية - وهي جهة غير قضائية - أن تتفرد بتقرير مصير العملية الانتخابية التي تتباين الضغوط التي تؤثر في نتائجها، وكذلك القوانين التي تتدخل في تنظيمها، وطرائق القيد في الجداول التي تحدد هيئة الناخبين؛ وكان فصل السلطة التشريعية في صحة عضوية أعضائها، خروجاً على طبيعة وظائفها؛ إلا أن دستور جمهورية مصر العربية انحاز إلى السلطة التشريعية انحيازاً كاملاً، بأن جعل قولها فصلاً في شأن توافر شروط العضوية في أعضائها أو تخلفها، وذلك بما تنص عليه المادة ٩٣ من الدستور من أن العضوية لا يجوز إبطالها إلا بقرار يصدر عن السلطة التشريعية نفسها بأغلبية ثلثي أعضائها.

ذلك أن نص المادة المشار إليها يقضى بما يأتي:

يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه. وتختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة إلى مجلس الشعب بعد إحالتها من رئيس المجلس. ويجب إحالة الطعن خلال ١٥ يوماً من تاريخ علم المجلس به. ويجب الانتهاء من التحقيق خلال ٩٠ يوماً من تاريخ إحالته إلى محكمة النقض.

وتعرض نتيجة التحقيق والرأي الذي انتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل في صحة الطعون خلال ٦٠ يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس.

ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس.

وقد حال هذا النص دون بناء الحياة السياسية في مصر على أساس سليم، بل أدى إلى إفسادها. ذلك أن الأصل هو أن يفوز بمقاعد السلطة التشريعية هؤلاء الذين اختارتهم حقاً وصدقاً هيئة الناخبين. فإذا ثار نزاع حول صحة عضويتهم، كان هذا النزاع قضائياً في طبيعته.

٣٨٢- ويتعين بالتالي أن تتولى الفصل فيه هيئة قضائية بحكم تشكيلها وضمائنها، وأهمها استقلالها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وحدتها فيما تفصل فيه من المسائل التي تعرض عليها. ويستحيل أن تكون هذه الجهة -على ضوء القواعد المعمول بها في القانون المقارن- غير المحكمة الدستورية العليا: ذلك لأمرين:

أولهما: أن العملية الانتخابية في كافة مراحلها تؤثر بالضرورة مطابقة إجراءاتها للدستور. وهي كذلك عملية تتكامل مراحلها، ويستحيل فصل بعض أجزائها عن بعض.

بل إن مراقبة هذه العملية انقرب صحتها أو بطلانها لا تقتصر على تقييم النصوص الدستورية التي تتدخل فيها من أجل تنظيمها، ولكنها تشمل كذلك كيفية سيرها وطريقة ضبطها، وغير ذلك من العوامل التي تؤثر في نتائجها.

ثانيهما: أن بيد المحكمة الدستورية العليا الوسائل التي تقيس بها دستورية العملية الانتخابية لأعضاء البرلمان. لأنها تطبق عليها مناهجها في تفسير الدستور، وتحيطها بنظرة كلية تضم أجزاءها إلى بعضها، وتستظهر بتحقيقاتها المحايدة نوع الضغوط المؤثرة فيها على ضوء خبرتها العملية.

٣٨٣- وتطيننا لنص المادة ٩٣ المشار إليها، يدل أولا على أن دور محكمة النقض وقسا لحكمها، ليس إلا دورا هزليا.

ذلك أن المحكمة لا تصدر حكما في صحة العضوية التي يحيلها إليها رئيس السلطة التشريعية. ولكنها تحققها لتصدر فيها رأيا يعرض على هذه السلطة لتقرر بأغلبية ثلثي أعضائها اعتمادا أو رفضه.

ومن المتصور بالتالي إلا يؤيده لرأيها، وأن يكون تحقيقها في صحة العضوية بالتالي مجود أوراق تقبل السلطة التشريعية نتائجها أو تحيها بقرار منفرد يصدر عنها بالأغلبية الخاصة المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣ المشار إليها.

وبدل ثانيا: على أن أعضاء السلطة التشريعية أنفسهم يستبدلون بتقدير محكمة النقض في شأن بطلان العملية الانتخابية أو صحتها، تقديرهم الخاص. ويطون بالتالي مطها في وظيفة

قضائية بطبيعتها، بل إنهم قد يبطلون عضوية خلم اجتهد محكمة النقض إلى صحتها. وهم بذلك يفصلون في مسائل دستورية بطبيعتها، وفي كافة للعوامل المؤثرة في جريان العملية الانتخابية وفق الدستور، كتروير أصوات الناخبين.

وييل ثالثاً: على أن تخويل السلطة التشريعية في مصر اختصاص الفصل بصفة نهائية في صحة عضوية أعضائها، مؤداه أن يكون تحققها من توافر شروط العضوية أو تخلفها، شكلاً من أشكال الرقابة الداخلية التي تجريها بنفسها في شئون أعضائها.

فلا يكون هذا الفصل محايداً، بل موجهاً بالمقاييس السياسية ومتطلباتها. وعلى ضوء معايير الذاتية ونهجاتها الشخصية.

وهذه الرقابة الداخلية هي التي كان معمولاً بها في فرنسا قبل دستور ١٩٥٨، ولكنها نبذتها بعد إلزامها لهذا الدستور الذي جعل المجلس الدستوري بها قاضياً وحيداً للفصل في عضوية أعضاء السلطة التشريعية بمجلسيها. ولم تعد الرقابة على صحة العضوية بالتالي رقابة داخلية تستقل بها السلطة التشريعية، بل صارت رقابة خارجية تتولاها الجهة القضائية التي تفصل أصلاً في دستورية القوانين.

وقد تحقق هذا التطور على ضوء الحقائق الواقعية التي تؤكد انحياز السلطة التشريعية في قراراتها بصحة العضوية إلى ممالأه أنصارها، بل إنها تداهن خصومها حتى تجذبهم إليها إذا قدرت ضرورة أو ملامسة استقطابهم إلى جانبها، فلا يكون فصلها في صحة العضوية غير تنفيذ لاتفاقاتها الجانبية مع معارضيه، وإعمالاً لتسوية غير معلنة وقعة وراء جدران مغلقة.

وليس ذلك إلا عينا عريضا، وعلى الأخص إزاء ما هو مقرر في دساتير كثير من الدول الأوروبية من إيدال الرقابة الداخلية التي تباشرها السلطة التشريعية في شأن صحة عضوية أعضائها، برقابة خارجية يتولاها قضاء الشرعية الدستورية، وذلك حتى يستقيم تكوين مجالسها النيابية. فلا يتولى مهامها غير الأعضاء الذين فازوا بمقاعدهم في غير تواطؤ، ودون تكليس، ويختر ضغوط. ويعودا عن المحاباة.

ويبدل القضاء المقارن كذلك على أنه حتى في الدساتير التي تعهد إلى السيادة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها^(١)؛ فإن كلمتها في ذلك لا تعتبر قولا فصلا.

٣٨٤- وتعلينا قضية Powell v. McCormack مثالا واضحا على ذلك. ذلك أن المحكمة العليا الفدرالية الأمريكية - وهي تقابل المحكمة الدستورية العليا في مصر - تقرر قاعدتين في هذا الشأن.

أولاهما: أن الديمقراطية التمثيلية تحكمها قاعدة جوهرية قوامها أن تختار هيئة الناخبين بنفسها - على ضوء اقتناعها - من يكون في رأسها من المرشحين، أصلح لتمثيلها. ولا يجوز بالتالي أن تقلص السلطة التشريعية من دائرة الناخبين المؤهلين قانونا لمباشرة حق الاقتراع؛ ولا أن تضيق من فرصهم في اختيار ممثليهم؛ ولا أن تقتضي من المرشحين شروطا غير التي نص عليها الدستور^(٢).

ثانيتهما: أن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها، ينبغي أن يفسر في حدود ضيقة، وأن يقتصر على التحقق من توافر الشروط التي تطلبها الدستور لضمان صحة انتخابهم.

فإن هي جاوزتها وذلك باستبعادها عضوا استوفى هذه الشروط ذاتها، فإن قرارها يكون باطلا^(٣). ويظل لتحال السلطة التشريعية هذا الاختصاص لنفسها معينا وخطرا، لإهداره إرادة هيئة الناخبين، وإضراره بمصالحها المباشرة في أن يمثلها من وقع اختيارها عليهم دون مساوهم، وأن تحيط بالعملية الانتخابية كل ضمانه تقتضيها فاعليتها، فلا يكون إسهام المواطنين فيها سوريا بل حقيقيا.

(١) من بين هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية التي يدخل دستورها كلا من مجلسي السلطة التشريعية حق الفصل قضائيا في صحة عضوية أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members

(٢)، (٣) Powell v. McCormack, 395 . U.S. 486 (1969) .

ولا يجوز بالتالي أن يطرد عضو كان انتخابه صحيحاً، ولو عارض علانية بعض مظاهر السياسة الوطنية، أو ندد بها^(١).

٣٨٥- تلك هي النظم الرئيسية القائمة في شأن الفصل في صحة عضوية أعضاء السلطة التشريعية في الدول على اختلافها. وهي نظم لطرحها دستور جمهورية مصر العربية -مفضلاً عليها ودون مبرر- أن تكون كلمة السلطة التشريعية هي الكلمة النهائية في شأن تحققها من توافر شروط العضوية ابتداء أو تخلفها.

ويزيد الأمر سوءاً أنه وإن جاز للسلطة التشريعية وفقاً لنص المادة ٩٤ من الدستور، أن تبطل عضوية لم تر صحتها، فإن نص المادة ٩٦ من الدستور يخولها كذلك إسقاط عضوية قائمة بعد ثبوتها.

وإذا كان إسقاط العضوية وفقاً لنص المادة ٩٦ من الدستور يفترض زوالاً لشروطها بعد توافرها لعارض طرأ عليها، كأن يخل العضو بواجبات عضويته، أو يفقد صفة العامل أو الفلاح التي انتخب على أساسها، أو تختل فيه أحد شروط العضوية بعد ثبوتها، أو ما ينبغي أن يتوافر فيه من الثقة والاعتبار؛ وكان نص المادة ٩٤ من الدستور لا يطل عضوية بعد نشوء الحق فيها وفقاً للدستور، وإنما يقرر تخلفها أصلاً؛ فإن السلطة التشريعية يصير بيدها وحدها أن تبطل عضوية لم ينشأ الحق فيها، وأن تزيلها كذلك بعد ثبوتها؛ لتتحكم في تكوينها الداخلي من خلال قراراتها التي تحدد بها من يكون أو يظل من أعضائها، بما يرون من روابطهم بهيئة الناخبين التي منحهم نقتها، ويجعل مصائرهم بيد السلطة التشريعية. فلا يدينون بالولاء لسواها. وليس ذلك إلا إضداداً للحياة السياسية في مصر من خلال واجهة شكلية لديموقراطية يخفي قناعها جوهر ملاحها.

(١) Bond: V.Floyd, 385 U.S. 116 (1966).

المبحث التاسع

الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القانون، ضمان حاسم

لحقوق المواطنين وحرياتهم

٣٨٦- لا يزال بعض الفقهاء في مصر يروجون للرقابة القضائية التي يتطرق لمناطها بالقوانين قبل تطبيقها^(١) ويتصورونها طوق نجاة يرد عن القوانين بعد سريانها، ما قد يظهره العمل من مثالبها. فضلا عن أن القوانين التي تطهرها هذه الرقابة من عيوبها -الفرض فيها أنها قوانين لم تصدر بعد- تصير بعد تقرير دستورتها نقية لا شائبة فيها، فلا تختل بعد العمل بها للمراكز القانونية التي مستها.

ومن ثم تكون هذه الرقابة وقائية بطبيعتها، لأنها تحول دون صدور قوانين مخالفة للدستور، وتكفل استقرار المراكز القانونية التي تنشأ هذه القوانين أو تعديلها.

بيد أن لهذه الرقابة عيوبها التي تتصل بأوضاع تطبيقها، ومثالبها الكامنة في طبيعتها.

المطلب الأول

أوضاع تطبيق الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٧- لا تصلح في الدول النامية الرقابة على القوانين قبل إصدارها. ولا زال نجاحها محدودا في الدول العربية التي طبقتها كالجزائر والمملكة المغربية وموريتانيا. ولئن طبقتها لبنان، إلا أن قوة الديمقراطية فيها واتساع قاعدتها، هي التي وفرت للرقابة السابقة فيها، فرص ثرائها وتأثيرها في أوضاع مجتمعاتها.

ومع ذلك تظل الرقابة السابقة -وكأصل عام- واهية منراجعة في الأعم من تطبيقاتها، خاصة في دول القارة الأفريقية التي كان نموذج الرقابة السابقة المعمول به في فرنسا، مثالا لها. وتخالفها في الدول النامية التي اعتنقتها، مردد أن هذه الرقابة لا يحرکها الأفراد، بل تأثيرها الطبقة

(١) من بين هؤلاء الأستاذة فوزية عبد الستار التي تحبذ مع آخرين الرقابة السابقة التي يتصورون أنها تدرأ عن القوانين شبهة مخالفتها للدستور عن طريق تمحيص جهة الرقابة على الدستورية لأحكامها قبل أن تدخل هذه القوانين مرحلة التنفيذ.

السياسية التي نص عليها الدستور كرئيس مجلس الوزراء، أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس الشيوخ. وجميعها جهات لا يعينها كثيرا الفصل في دستورية النصوص القانونية التي أقرها المشرع بالنظر إلى تضامنها في مصالحها، أو حتى توطنها فيما بينها، ولو جاوزت هذه النصوص أحكام الدستور بصورة ظاهرة.

وتظل الرقابة السابقة معيبة في جوهرها، ولو خول الدستور الحق في تحريكها لعدد من أعضاء السلطة التشريعية كسنتين من نوابها أو من شيوخها. ذلك أن وجود مثل هذا العدد، يفترض معارضة قوية لها أنصارها البارزين والراغبين في الاعتراض على السياسة التشريعية التي انتهجتها الأغلبية البرلمانية، ومحاسبتها عنها أمام قضاة الشرعية الدستورية من خلال الطعن في القوانين التي أقرتها، حتى إذا قرر هؤلاء القضاة مخالفتها للدستور، أكسبها ذلك ثقة هيئة الناخبين بها بما ينزهاها على تصور مجابقتها للأغلبية البرلمانية بناء على أغراض حزبية، ويدل على أن صراعها معها كان من أجل القيم التي حرص الدستور على تثبيتها.

وفي ذلك إثراء للحياة السياسية من خلال أفاق جديدة تنهيا بها فرص تبادل مواقفها مع الأغلبية البرلمانية من خلال عملية التداول المشروع للسلطة، فلا تؤول لغير الأجدر بقية هيئة الناخبين.

وشيء من ذلك يندر أن يتحقق في الدول النامية التي تتولى السلطة فيها أغلبية حزبية طاعية. ولا يزيد دور المعارضة فيها عن أن يكون شكليا. ذلك أن هذه المعارضة قلما تظفر بعدد من المقاعد يؤهلها لإثارة الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها^(١) فوجودها في المجالس النيابية ليس إلا هامشيا نتيجة قهر الأغلبية البرلمانية لخصومها، وتحريفها حق الاقتراع لصالح أنصارها.

كذلك تفترض الرقابة السابقة رأيا عاما يقظا تعنيه الديمقراطية. فسي أعرق مظاهرها. وأخصها ضمان حق الاقتراع بما يكفل حرية هيئة الناخبين في اختيار من تراه أقدر على الدفاع عن مصالحها.

(١) في فرنسا يحوز مستين نائبا أو مستين شيحا الطعن بعدم دستورية القوانين قبل إصدارها أمام المجلس الدستوري الفرنسي. ويستحيل أن يتوافر هذا العدد من المقاعد للمعارضة في الدول النامية.

فإذا فاز نفر من المرشحين بفتحها، كانوا مسؤولين أمامها عن أخطائهم وعثراتهم. فلا تقف السلطة التشريعية في قبضة السلطة التنفيذية، ولا تندمج معها، أو يتصاعل شأنها إلى جانبها، وإنما تساويها في وزنها، وتشاركها في معيها لتحقيق آمال المواطنين وطموحاتهم، وفي مسؤوليتها السياسية أمام هيئة الناخبين، وكذلك في صونها لأحكام الدستور.

ولا كذلك الأمر في الدول النامية التي قلما يشكل مواطنوها رأيا عاما صلبا يرصد أخطاء السلطة، ويسقطها من خلال حق الاقتراع.

ذلك أن المواطنين في هذه الدول مطاردون بالقهر أحيانا، وبضغوط احتياجاتهم اليومية طورا آخر. والسلطة ترصد حركتهم، وتصنفهم بين مؤيد لها ومعارض لميستها. وغالبا ما تغدق على مؤيديها بقدر إيذائها لمعارضيه. فلا يستقيم جوهر الديمقراطية؛ ولا تتوافر للشرعية الدستورية، بيئة صافية تزدهر من خلالها. وقد ينظر إليها بوصفها ترفا زائدا، وأحيانا بقدر كبير من الريبة.

المطلب الثاني

العيوب الكامنة في الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها

٣٨٨- وكما تؤثر الأوضاع الواقعية التي تحيط بالرقابة السابقة، في فرص نجاحها، فإن لهذه الرقابة كذلك عيوباً ذاتية كامنة فيها. ذلك أن هذه الرقابة تواجه النصوص القانونية المطعون عليها في تصوراتها المجردة. ولا شأن لتقييمها بالأوضاع العملية المترتبة على تطبيقها، وكأنها بذلك رقابة في غرفة مظلمة لا يصلها ضوء الخبرة العملية الناجمة عن الآثار التي أحدثتها هذه النصوص في مجال تطبيقها.

ومن ثم تعزل النصوص المطعون عليها في مجال تقييم صحتها أو بطلانها، عن واقعها منظورا في تقديره إلى الأوضاع التي عايشتها. فلا يتم الفصل في دستورتها وفق ما أظهره العمل من مثالبها، وإنما من خلال افتراض أو تصور ما قد ينجم عن تطبيقها من آثار.

ولا شبهة في عمق الفروق بين ما هو قائم، وما هو مفترض. ذلك أن ما هو قائم هو الحقيقة الواقعية. وما يفترض من آثار ترتبها النصوص المصنوع عليها، ليس إلا تصورا نظريا.

كذلك تؤول الرقابة السابقة على القوانين قبل إصدارها، إما إلى تقرير صحتها أو إلى إبطالها. فإذا قرر قضاء الشرعية الدستورية براءتها من العيوب الدستورية، لزمها هذه الإجراءات ولو قام الدليل بعد تطبيق هذه القوانين عملاً، على خطورة الآثار التي أحدثتها في الحائلق القانونية التي أنشأتها أو عدلتها، فلا تكون الرقابة على الشرعية الدستورية غير رقابة قاصرة لا تظهر فيها حقائق النصوص القانونية المطعون عليها من جهة تطبيقاتها اليومية لتناقض نتائجها واقع الحياة التي تعيشها هذه النصوص وتتفاعل معها، فلا يكون لها من شأن يمثلها للواقعية.

وفضلاً عما تقدم، فإن خطورة الرقابة على القوانين قبل إصدارها، مردها أن العوامل التي تحركها سياسية في طبيعتها، ويراد بها أن يحل هذا النوع من الرقابة محل المراجعة القضائية للقوانين بعد العمل بها، وهي أكثر فعالية وأكفل لصون الحقوق المنصوص عليها في الدستور. ولا يتصور كذلك أن تقوم هاتين الرقابتين إلى جوار بعضهما البعض. ذلك أن الرقابة السابقة -التي لا يحركها الأفراد، وإنما تختصتها السلطة السياسية التي عينها الدستور- تفصل بصفة نهائية في دستورية القوانين المحالة إليها، سواء بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور.

ولا يجوز بعد هذا الفصل، مراجعتها من جديد على ضوء أوضاع تطبيقها والآثار العملية التي أحدثتها. ومن ثم تتأكل المراجعة اللاحقة وتضييق دائرة النفاذ إليها، وعلى الأخص كلما كان عدد القوانين التي تعرض في إطار الرقابة السابقة للفصل في دستورتها، هو الأكبر. وهو اتجاه قد تحرص عليه السلطة السياسية بقصد تمير أكثر القوانين التي أقرها البرلمان، فلا يزنها فضلة الشرعية الدستورية بالقطب، ولا يمعنون في بحثها بالنظر إلى قصر الأجل التي يتعين عليهم الفصل خلالها في دستورتها. وهو ما يسم الرقابة السابقة ليس فقط بقصورها عن ضمان حقوق المواطنين بصورة فعلية، وإنما كذلك بتسرعها.

ولا كذلك الرقابة اللاحقة التي تمحص دستورية القوانين من منظور حقائقها الواقعية، ويحركها الأفراد المعنويون مباشرة بالأضرار التي أصابتهم بها هذه القوانين، فلا يتوخون غير تصحيحها. وطريقهم إلى ذلك هو الخصومة الدستورية التي يوجهونها وفق مصالحهم. وهي خصومة تمنعهم الرقابة السابقة منها، وتقصرها على النخبة السياسية في أعلى قممها. فلا يكون المواطنون شركاء في هموم أمته؛ ولا يسهمون ببقظتهم في فرض الرقابة الشعبية على مجالسهم التمثيلية. وإنما تباعد الرقابة السابقة بينهم وبين مشكلاتهم بعد أن أغلق الدستور أمامهم منافذ

عرضها. وذلك آفة حقيقية في الرقابة السابقة التي تنتج بملاحمها السياسية سواء في شروط تحريكها أو طريقة ممارستها.

ولا تملأ الرقابة السابقة فراغا تقصر الرقابة اللاحقة عن سده، ولكنها تحول دونها إذا أنشأها الدستور بديلا عن الرقابة اللاحقة.

فإذا أقامها الدستور إلى جانبها، فإنها تقوضها. ذلك أن الرقابة السابقة لا تتوخى غير النظر في دستورية القوانين قبل إصدارها . فإذا اعتمدتها، فإنها تطهرها وبصفة نهائية من شبهة مخالفتها للدستور بما يؤدي إلى تآكل الرقابة اللاحقة مع الزمن، كنتيجة لاحتصار مجال عملها في القوانين التي لم تتناولها الرقابة السابقة.

والذين يحرصون على الرقابة السابقة في مصر، لا يتوخون بالترويج لها غير هدم المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن تقريرها في مصر، إما أن يكون بديلا عن الرقابة اللاحقة التي نبأشرها هذه المحكمة وفقا للدستور القائم، وإما أن تقوم معها وإلى جانبها.

فإذا استعاض الدستور بها عن الرقابة اللاحقة، كان ذلك إهدالا لرقابة حقيقية برقابة محدودة الأثر. وإضافتها إلى الرقابة اللاحقة، يوضها، أو على الأقل يعطل كثيرا من تطبيقاتها، فلا تبقى للرقابة اللاحقة فائدة حقيقية ترتجى منها.

المبحث العاشر

امتناع تولي أعضاء السلطة التشريعية أعمالاً

تتعلق بطبيعة عضويتهم بها وتفرغهم لها

٣٨٩- لا يطلق الدستور للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، الحرية النهائية التي تقرر على ضوئها ما نراه هي داخلاً في ولايتها. وإنما يحدد الدستور لكل سلطة تخومها وضوابط ممارستها التي لا يقتصر نطاقها على المسائل التي حددها الدستور حصراً، وعهد إليها صراحة بها Enumerated Powers؛ وإنما يتحدد إطار ولايتها بمجموع المسائل التي ناطها الدستور بها وقصرها عليها؛ وكذلك بما يندرج ضمناً تحتها Implied Powers.

فضلاً عما يعتبر كامناً فيها Inherent Powers؛ أو نتيجة مترتبة بالضرورة على الاختصاص المقرر صراحة لها Resulting Powers^(١)، بما مؤداه أن الولاية التي كلها الدستور لكل من السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية تحيط بكل المسائل التي تتفق وطبيعة المهام التي تقوم عليها؛ وكذلك بما يعتبر من لوائحها التي لا تنفصل عنها، بل تشكل جزءاً منها يتكامل معها ويتمها.

فالاختصاص المقرر للسلطة التنفيذية في إبرام المعاهدات الدولية، يخولها إلحاق أقاليم بها وضمها إليها من خلال معاهدة دولية؛ وكذلك لإلزامها والافتراء بحكمها وتنظيم شئون شعبها.

والسلطة التشريعية في نطاق ولايتها للصريحة والضمنية، وعلى ضوء ما يعتبر كامناً فيها، أو نتيجة مترتبة عليها، أن تختار كل الوسائل اللازمة عملاً لإنفاذ اختصاصاتها وتفعيلها.

(١) يعتبر كامناً في اختصاصات السلطة القضائية بالنفصل في الخصومة التي تطرح عليها، اختصاصها بتوقيع العقوبة على من يخلون بالنظام في جلساتها، أو يرتكبون جريمة التحقير بها.

Michaelson v. United States, 266 U.S. 42 (1924).

وفي ذلك يقول القاضي Field إن سلطة المحكمة في توقيع العقوبة على من يخلون بها، هي سلطة كامنة في المحكم جميعها ذلك أن وجودها لازم لضبط النظام في إجراءاتها القضائية، وتنفيذ أوامرها وأحكامها، ومن ثم لإدارة العدالة إدارة فعالة [19 Wall. (86 U.S.) 505 (1874)].

وفي نطاق ولايتها هذه، تنظم السلطة التشريعية كل المسائل المتعلقة بحقوق الأفراد وحرياتهم؛ وكذلك ما يتصل بشئون الاقتصاد، وبالسلطة القضائية؛ لضمان استقلالها وحيادها وتحديد قواعد تنظيمها وتوزيعها؛ وبزراعة ملكية بعض الأموال من أصحابها؛ وتحديد الجرائم وعقوباتها؛ وبفرض المكوس على اختلافها؛ وبوسائل دعم التجارة وترويجها، وبإلغاء ديون الدولة، وبإصدار أدون الخزانة لصالحها Treasury notes؛ وبإلغاء شرط الوفاء بالمعقود ذهباً؛ وبإصدار قوانين خاصة لتنظيم الفصل في بعض القضايا؛ وغير ذلك من المسائل التي يجوز أن تشرع فيها كقروضها لرقابتها على النقود، والإن بصكها.

بما يؤكد حقيقة قانونية مفادها أن ولاية السلطة التشريعية عريضة في اتساعها، وإن كان لا يجوز لها اعتبار بعض الأشخاص مذنبين قبل أن تكينهم محكمة تكون كذلك في تشكيلها وضمائنها Bills of attainder.

كما لا يجوز لها تقرير قوانين جنائية رجعية الأثر Ex Post Facto law^(١)، أو تقرير عقوبة مفرطة في قسوتها، وغير ذلك من المسائل التي منعه الدستور من التدخل فيها، كحق السلطة التنفيذية في عقد قروض بخير موافقة السلطة التشريعية.

وإذ يحجز الدستور السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية، في ممارستها لاختصاصاتها الشاملة، فذلك هو الأصل. ذلك أن كلا منهما، تفرد بوظائفها التي تلتزم مع طبيعة المهام التي تقوم عليها، وبموظفيها الذين يتبعونها، فلا يباشرون عملاً لغيرها. فضلاً عن أن ضمان استقلال أعضاء السلطة التشريعية، من الشروط الجوهرية التي تكفل حرية ممارستهم للشئون التي يتولونها؛ وأخصها أن المجالس التمثيلية تقوم بطبيعتها على الحوار وتبادل الآراء فيما يعرض عليها أو تدخل لجانها، وعلى الأخص ما تعلق بتقدير مشروع قانون مقترح، سواء بقبوله أو بالنتقاده.

ولا يجوز بالتالي مناقشتهم فيما أبدوه من آراء أو طرحوه من أقوال؛ ولا الخوض في مضمونها أو نوافعها، وإلا كان ذلك تخلاً في حريتهم في مجال عرض الآراء التي يؤمنون بها

(١) لا يدخل في إطار القوانين الجنائية رجعية الأثر، تغيير مكان محاكمة الشخص بعد ارتكابه الجريمة.
Cook v. United States, 138 U.S. 157, 183 (1891).

والإصرار عليها، وتقديم الوثائق التي تزيدها The speech-or-debate clause. وإن كانت حريتهم هذه لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن العملية التشريعية، وإن كان لا يجوز إعاقتها، أو تأخير دوافعها، أو تجريح للمتكلمين فيها؛ إلا أن ذلك يفترض مطابقة سلوكهم للقانون.

ولا كذلك الرشوة التي يقبلها عضو في البرلمان بقصد توجيه الحوار في موضوع معين وجهة بذاتها؛ أو لضمان تصويته فيه على نحو معين. ذلك أن الرشوة ليس جزءا من العملية التشريعية. ويستحيل تصويره باعتباره ولعا في نطاقها^(١).

وشأن الرشوة، شأن كل عمل يصدر عن عضو بالبرلمان مبالاة لغيره، ولو لم تعد عليه من هذا العمل لية فائدة شخصية. ذلك أن الأقوال أو الأفعال التي تصدر عن البرلمانين، يتعين ألا تحكمها أو توجهها ضغوط أيا كان نوعها، ولا أن يكون الانتهاز أو التضليل مدخلا إليها، ولا أن تتمحض تجارة يكرهون منها؛ ولا أن تتناقض -بوجه عام- التجرد والحيادة اللتين ينبغي أن تتسم بها تصرفاتهم جميعها داخل البرلمان، كشرط كامن في طبيعة وظلتهم التي لا يخل بها أن يقوموا بمهام مؤقتة في لجان تطعيم أجرا عنه؛ أو أن يكونوا أمناء لتنفيذ بعض اللوصايا، أو زائرين غير منقرخين للتدريس في معاهد علمية.

ولا يجوز بالتالي أن يتولى عضو بالسلطة التشريعية، وظيفة أو عملا خارجيا -ولو لم يكن حكوميا- كلما جرد نوافر هاتين الصفتين فيه، الآراء التي يبديها من حيثها، أو قوض واجبه في مراقبة أعمال السلطة التنفيذية، ومحاسبتها عن أخطائها، بما لا يحقق لصوته استقلالاً يتوقى به الانزلاق إلى المحاباة أو الولوغ في المغامات الشخصية، أو التلون بلون السلطة بقصد مدهانتها.

وما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور، من أن للعاملين في الحكومة أو في القطاع العام أن يرشحوا أنفسهم لعضوية لسلطة التشريعية، وأن يفوزوا بمقاعد مع لحفاظهم بوظائفهم وأعمالهم في جهاتهم الأصلية، مؤده أن للفائزين بالمقاعد البرلمانية، لا ينفكون عن جهاتهم الأصلية الملحقة بالسلطة التنفيذية غالبا. وإما يتبعونها. ولا ينفصلون كذلك عنها، بحكم خضوعهم وظيفيا وإداريا لرؤسائهم فيها. فلا يسلطون جهاتهم هذه عن أخطائها، ولا يولجون انحرافها بالصرامة الكافية. بل إن جهاتهم تلك توفر فرص لإرشائهم من خلال المزاي -الوظيفية وغيرها- التي تغدقها عليهم.

(١) United States v. Helstoski, 442 U.S. 477 (1979).

فلا يكون موقعهم منها غير انحياز لها، دلترا في حلبة توجهاتها، وملتفتا عن قصور أدائها، ولسي قام الدليل لديهم على خطئها أو جنوحها، أو إضرارها بمصلحة لها شأنها.

كذلك يحيل نص المادة ٨٩ من الدستور، إلى القانون لبيان الأحوال التي يجوز فيها لعضو السلطة التشريعية أن يكون غير متفرغ لشئونها، بما يوزع جهده بينها وبين الأعمال الأخرى التي رخص له المشرع في القيام بها أو توليها.

وفي ذلك إغراق في إلقاء أعضاء السلطة التشريعية عن واجباتهم الأصلية التي أنابتهم هيئة الناخبين عنها في مباشرتها، فلا ينصرفون إليها، بل يتخلون عنها بصورة كلية أو جزئية. وكثيرا ما يجنحون إلى تفضيل مصالحهم في الأعمال العرضية التي يتولونها، فلا تستقيم عضويتهم من شوائبها. ذلك أن الأصل هو ألا تكون لهم مصلحة في عمل أو إجراء أو تعاقّد يؤثر في سيادة أصواتهم أو ينال من قدرتهم على مجابهة المعائل التي تناقشها السلطة التشريعية وإبداء رأيهم فيها في حرية كاملة وبغير تدخل من أحد. وكان منطقيا بالتالي أن تمنعهم المادة ٤٩ من الدستور خلال مدة عضويتهم، من شراء شيء من أموال الدولة أو استجاره؛ وأن تحظر عليهم كذلك أن يبيعونها أو يوزرونها شيئا من أموالهم أو يقايضونها عليها، أو يتعاقّدون بوصفهم ملتزمين أو مقاولين أو موردين.

ولئن كان الحظر المقرر بنص المادة ٤٩ من الدستور، يتناول صورا من التعامل يفترض أن يفقد أعضاء البرلمان من الدخول فيها؛ إلا أن تعميم هذا الحظر ليشمل كافة الأعمال التي يؤثر توليها في الأداء الأهم لواجباتهم، أو يخل بمسئوليتهم قبل هيئة الناخبين، يكون واجبا كذلك من باب أولى. ولا يجوز بالتالي ولو بنص في الدستور - تفويض استقلال البرلمانين، ولا أن تنهيا لهم الفرص التي يخل بها ضبط العملية التشريعية بما يعطل أو يفقد جريانها في الحدود المفترضة فيها. ذلك أن القيم التي يحتضنها الدستور يتعين ضمان سريانها في النظم القانونية جميعا. وللدستور أولاها بالازول عليها بحكم كونه وعاء للقيم ومصدر أكثر جواذبها. وهي قيم يفترض

أن تتكامل لا أن يحو بعضها البعض، ولا أن يسقطها نص ولو ورد في الدستور، وإلا صار هذا النص باطلاً^(١).

وما السلطة التشريعية في تكوينها وكيفية مباشرتها لولايتها، غير إطار للتعبير بصدق عن إرادة هيئة الناخبين، فإذا حرفها أعضاؤها مخالطة أو إهمالا، اختل ببيان السلطة التشريعية لتكون محصلة جهدها قوانين ظاهرة البطلان، أو على الأقل قوانين لم يصنوا مناقشتها وصرفوا اهتمامهم عنها.

المطلب الأول

ضرورة فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية

٣٩٠- ما أن يقيم الدستور سلطة تشريعية إلى جوار السلطة التنفيذية حتى يثور التساؤل حول حقيقة وماهية الروابط التي تجمعهما. ذلك أن الدستور وإن فصل بينهما بجعلهما سلطتين متكافئتين قدرا Co- equal branches لا يمتزجان أو تتداخلان؛ إلا أن الحقائق التاريخية التي يشهد بها القانون المقارن، تدل على توحيدهما بوجه أو بآخر، وأن الفصل بينهما لم يكن فصلا حقيقيا، بل كان تصوريا، وعلى الأقل في الدول حديثة الاستقلال والدول الأقل نمواً، والتي يشهد تاريخها بأن اندماج هاتين السلطتين في بعض، كان هو الأصل.

وهو ما تحقق على الأخص من خلال دويان السلطة التشريعية في السلطة التنفيذية التي تبسط قوتها على كثير من مظاهر الحياة، معتصمة في ذلك بغطاء من القوانين التي تحيط نفسها بها، أو حتى دون قانون، ومن خلال التحكم.

وقد كان توحيد السلطة قائما حتى في العهود القديمة. وهو ليس بالتالي بظاهرة حديثة. ذلك أن مقاليد الحكم كان يتولاها شخص يقبض عليها -ملكا كان أو أميرا أم إمبراطورا- باعتباره مفوضا من الآلهة في القيام عليها. فلا تدور المبطلة إلا حوله، وهو بذلك مصدرها.

(١) Donald P. Kammers, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p.p. 48- 49.

ولا كذلك الأشكال المعاصرة لتوحد السلطة التي لا تقوم على جذبها في كل عناصرها، وإنما تتولاها منفردة قوة تحيط نفسها بمظاهر القوة، وتعمل من خلال دائرة مصغرة تضيئها إليها لا يدخلها غير الاصفياء الذين تمنحهم -ويقصد الإيهام بولجتها ديموقراطية تحرص عليها- جانباً ضئيلاً من عناصر ولايتها. فلا تتركز السلطة بكاملها في يدها. وقد تحقق توحد السلطة في كثير من الدول حديثة الاستقلال من خلال ثورة قام بها الجيش غايتها الظاهرة العمل على تحقيق العدالة الاجتماعية، وضمان الحقوق السياسية التي لم يظفر المواطنون بها. ولئن حرص قادة هذه الثورة على الدفاع عن قضية الديموقراطية من أجل تكوين نظم مدنية في خصائصها محلهم بعد فترة من الزمن بحدودها؛ إلا أن تخليهم عن هذه للنظم وتساويفهم في بناء أسسها، كان واقعاً حياً دل على رغبتهم في احتكار السلطة بالخداع حتى لا يعود الثوار إلى ثكناتهم يوماً. مثلهم في ذلك مثل الفاشيين والشيوعيين والنازيين الذين قفزوا إلى السلطة بصور مختلفة ولم يبرحوا بذرائع شتى تترد بين كونهم للصفوة المختارة التي يوجهها فوهرر يترجم الآمال الوطنية وكفها؛ وبين كون البروليتاريا هي الطبقة الوحيدة التي تعمل في كفاحها ضد الرأسمالية على تصفية صبور الاستغلال على اختلافها؛ وبين مزج حياة الفرد بالقيمة الأعلى التي تعطيها الدولة في حركتها الجماعية.

وأياً كان شكل توحد السلطين التشريعية والتنفيذية في الدول المعاصرة، فإن رصد مخاطره يدل على أن التوازن بينهما لم يعد قائماً، وأن استقلال السلطة التشريعية وحريتها في العمل صلاهما، وأن ولاهما صار للسلطة التنفيذية لا لهيئة الناخبين. ذلك أن هذه السلطة هي التي منحها وجودها من خلال مساندتها لأعضائها الذين رشحتهم بنفسها في الحملة الانتخابية، مستفزة قواها لمسحق خصومهم ليظفروا من دونهم بأكثر مقاعد السلطة التشريعية.

وتلك هي الأغلبية البرلمانية التي تصطنعها السلطة التنفيذية بوسائلها، ويتقيا فبى دائرة ضوئها حتى تكون مجرد تعبير عن صوتها. فلا تظهر في الحياة السياسية غير سلطة تنفيذية داهية بقوتها، وسلطة تشريعية مترجعة بولايتها، مهيضة قدراتها، متوارية في الظلال، لتأخذ القوانين التي تقرها صورة السلطة التنفيذية من خلال تحقيق توجهاتها ومطالبها، أياً كان مضمونها، بما يحيل التوازن بين هاتين السلطتين إلى تفاضل يقدم السلطة التنفيذية على التشريعية. فلا تعمل هذه بتفويض من الجماهير، وإنما بتفويض من السلطة التنفيذية التي تكيـن

في وجودها لها . وليس للسلطة التشريعية بالتالي من مكان إلى جوارها. بل هي دائما خلفها، لا تبصر سواها، وأذلتها لها.

المطلب الثاني حدود الحصانة البرلمانية

٣٩١- تكفل الدساتير بوجه عام حصانة برلمانية في شأن الآراء والأفكار التي يبديها أعضاء السلطة التشريعية أثناء أدائهم لوظيفتهم بها سواء خلال جلساتها أو داخل لجانها^(١).

وتبدو أهمية هذه القاعدة من ناحيتين:

أولاهما: أنها تحول دون تدخل السلطة التنفيذية فيما يصدر عن أعضاء السلطة التشريعية من أقوال أو أفعال أثناء مناقشتهم المسائل التي تنظرها.

ثانيتهما: أنها تكفل لهؤلاء الأعضاء التركيز على واجباتهم بصفته ممثلين لهيئة الناخبين التي أدبتهم عنها في مباشرة الوظيفة التشريعية. فلا يتخلون عن مسؤوليتهم قبلها، ولا يصرفهم عنها خوفاً مما قد تتخذة السلطة التنفيذية قبلهم من تدابير بقصد إيهان عزائمهم، أو لحملهم على تجاهل سوء تصرفاتها، أو لمنعهم من انتقاد رموزها أو تجريحها، بما يؤول في النهاية إلى تبييضهم لها.

ومن ثم كان منطقياً أن ترتبط الحصانة البرلمانية في مفهومها وغاياتها بما يصدر عن أعضاء البرلمان من أقوال وأفعال اتصالاً بالمهام التشريعية التي يتولونها، وبما يكفل صدق أدائها واتصال حلقاتها.

وتعتبر أعمال اللجان البرلمانية جزءاً من العملية التشريعية، يمهّد لها وينير الطريق إليها، ويستكمل ما نقص من مقوماتها، سواء تعلق الأمر بتقييم مشروع قانون معروض عليها، أو بأوضاع تريد نقضها في موضوع محين^(٢).

(١) تنص المادة ٩٨ من الدستور المصري على أنه لا يجوز أن يؤخذ أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء في أداء أعمالهم في المجلس أو في لجانه

كذلك تعتبر أعمال التحقيق التي تجريها هذه اللجان، وثيقة الصلة بالوظيفة التشريعية ذاتها. ويندرج اختصاصها في ذلك -ضمنًا- في المفهوم العام للسلطة التي يباشرها البرلمان.

ذلك أن السلطة التشريعية لا يسعها أن تباشر المهام التي ألحها الدستور عليها إلا على ضوء معلومات تنفذ إليها، وحقائق تبصرها، ومفاهيم تتحراها، وظروفاً تتعمقها، كي تكون قراراتها وتشريعاتها قريبة قدر الإمكان من واقعها، مرتبطة عقلاً بها، بما يجعل تشكيلها لهذه اللجان وتكليفها بمهام تتصل بوظيفتها التشريعية، جانباً ضرورياً من متطلباتها، يتكامل معها ويتممها، وحقاً ثابتاً لها يكفل فعالية أدائها لهذه الوظيفة وتحوضها في مباشرتها، ولو لم ينص عليه الدستور^(١).

The exercise of its legislative functions effectively and advisedly.

ومن ثم صرح القول بأن سلطة التحقيق البرلماني، وما يقترن بها من أعمال نتيجة هذا التحقيق، هي سلطة ضرورية توفر أداة ملائمة للمعاونة في العملية التشريعية^(٢).

An essential and appropriate auxiliary to the legislative function.

ذلك أن المجالس النيابية لا تحوز في يدها كافة الوثائق والحقائق التي تلزمها لإقرار مشروع قانون أو لتعديل قانون قائم. وعليها بالتالي أن تحصل على بياناتها من المصادر التي تملكها، والتي لا تقلعها غالباً بمبادرة منها، وإنما من خلال قهرها على إعطائها.

(١) شكل مجلس النواب الأمريكي أول لجنة برلمانية لتقصي الحقائق في عام ١٧٩٢. وذلك للتحقيق في أسباب هزيمة الجنرال St Clair وجيشه من الهنود في الشمال الغربي للولايات المتحدة الأمريكية. وقد خول هذا المجلس اللجنة التي شكلها حق استدعاء الأشخاص والحصول على الأوراق والسجلات التي تراها ضرورية لمعاونتها في النهوض بتحرياتها.

(٢) لا يتضمن الدستور الأمريكي أي نص يخول مجلس النواب أو مجلس الشيوخ إجراء تحقيقات أو الحصول على شهادة من أي شخص يتوخى بها الكونجرس بمجلسيه مباشرة الوظيفة التشريعية بفعالية وتبصر. وقد باشر البرلمان الإنجليزي هذا الحق. وكذلك المجالس النيابية للمستعمرات الأمريكية قبل تبنيها الدستور الأمريكي:

Landis. Constitutional limitations on the congressional power of investigation, Harvard law Review. 153. 159- 160 (1926).

(٣) Watkins v. United states. 354 U.S. 178, 187 (1957).

وحتى لو عرضوا اختياراً تزويد البرلمان بما لديهم من حقائق، فإن بياناتهم بشأنها قد تكون قاصرة أو غير دقيقة. فلا يطمأن إليها إلا أن بعد أن تتفقا للجان البرلمانية تحرياً لصحتها.

ولا زال ينظر إلى هذه اللجان باعتبار أن حصولها بطريقة جبرية - على كل معلومة تطلبها في نطاق للمهام التي حددها المشرع لها - ليس فقط كضرورة تقتضيها العملية التشريعية ذاتها، وكإجراء ملائم للنهوض بها *A necessary and appropriate to the power to legislate*؛ وإنما كذلك على تقدير أن عمل تلك اللجان يلتزم بالعملية التشريعية ويتداخل فيها *Inhering in the legislative process*.

ولئن واجه الناس أحياناً عمل اللجان البرلمانية للمشار إليها بموجة من العداء بالنظر إلى إقامتها نفسها في مسائل يختصون بها، ويرفضون إطلاع أغيار عليها؛ إلا أن تشكيلها ظل حقاً ثابتاً للمجالس النيابية جميعها، واختصاصها في المسائل التي تحققها بعيد في مداها.

فلا يقتصر بحثها على نوع من المصالح دون غيره؛ ولا على صور من مظاهر التصور في العمل العام دون سواها؛ ولا على أقصى الكيفية التي تدار بها القوانين القائمة، أو يصاغ بها مضمون مشروع تدعو الحاجة إلى إقراره؛ وإنما يجوز أن يشمل اختصاصها كل صور الموارد التي تواجهاها النظم القائمة، بغض النظر عن طبيعتها السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية حتى يعيد البرلمان تقييمها ويصلحها. ويقدم بالتالي أو يحجم عن مشروع القانون المطروح على ضوء نتيجة صلها^(١).

على أن اتساع سلطة اللجان البرلمانية لا يعنى أنها غير مقيدة. ذلك أن استخدام هذه اللجان لسلطاتها رهن ليس فقط باتصالها بالعملية التشريعية، وإنما بكونها عاملاً معاوناً في حسن أدائها. ولا يجوز بالتالي أن تتجاوز سلطاتها الحدود التي لا تبلغها السلطة التشريعية نفسها^(٢).

وليس لهذه اللجان بالتالي - شأنها في ذلك شأن البرلمان - أن تتدخل في خواص الحياة وأعمق مكوناتها، ولا أن تحقق في غيرها من المسائل التي لا يجوز أن يشرع البرلمان فيها،

(١) *Barenblatt v. United states*, 360 U.S. 109, 111 (1959); See also *Eastland v. United servicemen's Fund* 421 U.S. 491, 305- 307 (1975).

(٢) *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168, 189 (1881).

كتقصيها مسائل يدخل الفصل فيها في ولاية السلطة القضائية دون غيرها. ويظل اختصاص تلك اللجان منحصرا في المسائل التي عينها المشرع لها، وبالأغراض التي توخاها من تشكيلها^(١).

وقد يشكل البرلمان لجنة للنظر فيما إذا كان عضو به يجوز طرده على ضوء سلوكه. ولها عندئذ أن تستدعي الشهود الذين يكشفون لها عن كل واقعة يمكن أن يؤسس عليها قراره بطرد هذا العضو، كلما كان سلوكه منافيا لواجباته في البرلمان وللثقة المودعة فيه^(٢).

وحق اللجان البرلمانية في الحصول على كل معلومة تراها ضرورية لعملها، لا يقتصر على حملها الأفراد على تقديمها هي والأوراق التي تنطق بها. وإنما يحوز لهذه اللجان أن تحصل عليها من الأجهزة للحكومة على اختلافها بقصد تنويرها السلطة التشريعية في شأن مشروع القانون المعروض عليها.

ويفترض في مباشرة السلطة التشريعية لهذا الاختصاص، أن أهدافها من تكوين هذه اللجان لها صلة بمشروع قانون مطروح عليها، وأن أهدافها هذه جائزة قانونا.

وقد أُنْ القضاء للسلطة التشريعية بتكوين تلك اللجان، ولو لم تكن قد حدثت مسلفا وجه استنادتها من طبيقاتها، أو كيفية تعاملها في بياناتها. وخولها القضاء كذلك سلطة التحقيق -ومن خلال اللجان البرلمانية- في صور الغش التي داخلت عقود إجارة لأماكن تملكها الدولة، ولو بعد رفعها للدعوى التي تختصم فيها هذه العقود بقصد إبطالها والتعويض عنها. وحتى بعد رفض المستأجرين تقديم شهادتهم في شأن تلك العقود تأسيسا على أن أمر الفصل في صحتها أو إبطالها لازال معلقا أمام السلطة القضائية، وأن التحقيق البرلماني لا صلة له بالمهام التي تقوم عليها السلطة التشريعية في نطاق وظيفتها؛ فإن هذا الاعتراض من جانبهم لم ينشأ عن توجيه اللجنة التي شكلتها إلى المضي قداما في عملها، وأن تقدم إليها نصيحتها في شأن مشروع القانون اللازم لمواجهته ما اعتور هذه العقود من خلل^(٣).

(١) McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135, 170 (1927).

(٢) In re Chapman, 166 U.S. 661 (1897); See also Barry v. United States ex rel Cunningham, 279 U.S. 597 (1929).

(٣) Sinclair v. United States 273 U.S. 135, 295 (1927).

ذلك أن الأموال التي تملكها الدولة كانت محلاً للعقود المشار إليها، ولا يجوز بالتالي الاحتجاج بأن اللجنة التي تتحررها لتقرير حقيقة الأمر بشأنها، تتدخل في الشؤون الخاصة للأفراد. وقد نزع عن حق السلطة التشريعية في تأمين مصالح بلدها، الحق في تشكيل لجان برلمانية غايةا التحقيق في صور النشاط المعادية للدولة، ومواقعها المختلفة ومصادر تمويلها^(١).

ويجوز كذلك في الدول الفيدرالية وفي إطار شرط تداول التجارة بين ولايتها- أن تشكل سلطتها التشريعية المركزية لجنا للتحقيق في مظاهر القصور في أعمال كل منظمة نقابية وكذلك في انحرافاتها^(٢).

كذلك فإن العدوان على الحقوق المدنية للمواطنين، يخول السلطة التشريعية -وهي تختص بحمايتها- تشكيل لجان برلمانية للتحقيق مع كل منظمة أو جهة تعمل في اتجاه إنكار هذه الحقوق.

ولعل أبرز قيد يحد من عمل اللجان البرلمانية، هو أنها لا تحقق لمجرد التحقيق، ولا تظهر من الناس عوراتهم لمجرد كشفها والتعريض بهم^(٣).

The is no congressional power to expose for the sake of exposure.

ولكل شخص يدعى للشهادة أمامها للتحقيق في نشاط يقوم به، أن يطلب منها ببيان نطاق سلطتها في إجراء التحقيق، ووجه تعلق أسئلتها به. ذلك أن اختصاص هذه اللجان لا يجوز أن يجاوز حدود التفويض الصادر لها من البرلمان. فهو الذي أنشأها ومنحها ولايتها، وحدد القيود عليها. ولا يتصور أن تزيد سلطتها على سلطة البرلمان الذي أنشأها.

وبقدر انبهاهم التفويض الصادر لهذه اللجان، يزداد اتساع سلطاتها إلى حد العدوان على حقوق الأفراد وحريلتهم.

كذلك فإن غموض هذا التفويض يفقده مشروعيته. ذلك أن حدوده للقاطعة هي وحدها التي تحول دون إساءة استعمال تلك اللجان لسلطتها، وتظهر كذلك ما إذا كان تدخل هذه اللجان واقعاً في نطاق إذن المشرع بالتحقيق فيه، أم أن نشاطها تتعداه إلى نطاق آخر.

(١) Deutch v. United States, 367 U.S. 456 (1961).

(٢) Hutcheson v. United states, 369 U.S. 599 (1962).

(٣) Watkins v. United states, 354 U.S. 178, 200 (1957).

وكما أن الدستور يقيد السلطة التشريعية في مجال القوانين التي تقرها، فإن الدستور يقيد كذلك عمل هذه اللجان، ويلزمها -ولو لم يرد نص بذلك في قرار إثنائها- بضمان حقوق المواطنين وحرياتهم؛ ويندرج تحتها ألا تحمل اللجان شخصا تدعوه للمثول أمامها على الإدلاء بشهادة قد يبدن جنائيا بسببها^(١) ولا أن تأمر بتفتيش أوراق يحوزها أو أشياء تتعلق به بغير إذن قضائي ولا أن تقيد حريته بغير الوسائل القانونية المألوفة^(٢).

وكما قام الدليل على أن عمل اللجان البرلمانية لا يرتبط بفرض غير مشروع، فإن إسباغ الحصانة البرلمانية على أعمالها الواقعة في نطاق غرضها، يكون واجبا؛ شأنها في ذلك شأن البرلمانيين الذين تقتضى وظائفهم ألا يعاونوا ناخبا في الحصول على مزايا لا يستحقها، أيا كان نوعها؛ ولا أن يقبلوا رشوة من أحد لضمان تصويتهم من اتجاه دون آخر؛ ولا أن ينشر أحدهم علانية تقريرا صدر عن لجنة برلمانية، ولو كان هذا التقرير متداولاً بين أعضاء البرلمان، أو كان يردد أوالا دونتها هذه اللجنة في تقريرها، كلما تناول ذلك التقرير أشخاصا أسفر التحقيق معهم عما يشبههم.

فاللجان البرلمانية لا تتفصل جوهر مهامها عن تلك التي تقوم عليها السلطة التشريعية. ويكفل الدستور الحصانة البرلمانية لأعضاء هذه اللجان في الحدود ذاتها التي يضمنها للبرلمانيين أنفسهم. حتى يكفل لها ولهم حريتهم في التعبير عن آرائهم بالكلمة وبالفعل، لتتعلق عملية الحوار والاتصال فيما بينهم، وتتحرر من عوائقها *The deliberative and communicative processes*. ولا يتصور بالتالي إطلاق الحصانة البرلمانية من أوصافها التي تقيدها؛ وإنما يتحدد مناطها بالعملية التشريعية ذاتها؛ وإطارها العام بكافة الحقوق التي ترتبط بها؛ ومساثلها بكل الآراء فسي تفاعلها وتقابلها سواء في ذلك ما ألقى منها بلغة هادئة، أو بعبارة جارحة، بغوغائية مفرطة أو بمقلابة ناضجة، بعمق كامل أو بنظرة سطحية.

(١) Quinn v. United States, 349 U.S. 155 (1955).

(٢) McPhaul v. United States, 364 U.S. 372, 382 - 83 (1960); Gojack v. United States, 384 U.S. 702 (1966).

وليس معقولا ولا مقبولا أن يماثلهم أحد عن أعمال وظائفهم التي أدوها بحسن نية، ولا أن يسوقهم إلى القضاء للتعويض عنها حتى لا تتفوق جهودهم، ويتحول اهتمامهم إلى مسائل جانبية تبدد وقتهم.

ولو أنهم مثلوا عن كل كلمة نطقوا بها، وعن دوافعهم إلى النطق بها، وعن كل قرار اتخذوه -صائبا كان أم خاطئا- لا ختل بنيان العملية التشريعية التي تقترض في جوهرها تعلقها بنشاط يتحضر عملا تشريعا Purely legislative Activities.

ولا كذلك سعيهم لاستثمار الوظيفة التشريعية أو التمسك وراءها لإتيان أعمال لا تشملها بقصد تحقيق مفاهيم شخصية^(١).

ذلك أن تصرفهم على هذا النحو يقتضى تأديبهم ويزيل عضويتهم بقرار من السلطة التشريعية نفسها^(٢) التي لا تتولف أمامها ويحكم تكوينها -ضمانة الحيدة والاستقلال للتيين تكفلهما السلطة القضائية فصلا في الخصومة التي تعرض عليها.

ولو قيل بمريان الحصانة البرلمانية في غير نطاقها، لكان التذرع بها طريقا للانتهاز وقيدا بغير مبرر على السلطة القضائية ذاتها التي تفصل في كل نزاع يعرض عليها من خلال الخصومة القضائية.

ولعل ما تقدم هو ما دعا القضاء المقارن إلى فصل الأقوال والأفعال التي تصدر عن عضو البرلمان فيما لا شأن له بالعملية التشريعية؛ عن نطاق الحصانة البرلمانية، لتشملها الرقابة القضائية.

بل إن هذه الرقابة تنبسط كذلك على الأعمال التي أتمتها السلطة التشريعية في شكل قانون أو قرار، ليفصل قضاء الشرعية للدستورية في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور، وبغير تعرض منهم لأراء أعضاء السلطة التشريعية بشأنها، أو دوافعهم لإقرارها، أو موقفهم منها.

(١) ومن قبيل هذه المفاهيم مجموعهم في الصحف على خصومهم وتدنيدهم بهم.

(٢) United states v. Brewster, 408 U.S. 501, 518 (1972).

المبحث الحادي عشر

حصر نطاق التفويض التشريعي في أضيق الحدود

٣٩٢- كان يقال قديماً بأن الدستور فصل بين السلطة التشريعية التي اختصها بإقرار القوانين The law-making power وبين السلطة التنفيذية التي عهد إليها بتنفيذها The law-executing power، وبينهما وبين السلطة القضائية التي ناط بها اختصاص تفسير القوانين وتطبيقها في النزاع المعروض عليها The law-interpreting power، وأن الفصل بين السلطة التشريعية وهاتين السلطتين، يقتضيها ألا تفوض إحداها في مسائل تتولاها وتدخل في ولايتها وفقاً للدستور، خاصة وأن تقسيم السلطة بين الأفرع الثلاثة التي تبشرها، موداه أصلاً ألا تنقل السلطة التشريعية ولايتها سرعاً إلى الأخرى في العريض في مسائلها-لا إلى السلطة القضائية ولا إلى السلطة التنفيذية، ولا أن تتحل لنفسها اختصاص هاتين السلطتين اللتين تتكافآن معها وزناً وقدرًا.

بيد أن فصل السلطة التشريعية عن السلطتين التنفيذية والقضائية، لم يعد اليوم مبرراً كافياً يصادر التفويض في الاختصاص، خاصة وأن التعاون بينها جميعاً يعتبر مدخلاً وحيداً لمباشرة كل منهما للمهام التي تقوم عليها بطريقة أفضل.

ودل العمل كذلك على أن السلطة التشريعية حتى وإن خلا الدستور من نص بخولها أن تفوض جانباً من اختصاصاتها إلى جهة إدارية أو قضائية، إلا أنها عملاً تفوض بعض مظاهر ولايتها إلى غيرها، وعلى الأخص كلما تعذر عليها أن تواجه بتشريعاتها المسائل التفصيلية التي تدرج في قواعدها الكلية، وأن تنقبأ سلفاً بلوإوضاع تطبيقها، أو تحيط بمشكلاتها العملية وبالطول اللازمة لتغطيتها.

وصار التفويض بالتالي ضرورة عملية قبل أن يكون حقيقة قانونية، وهي ضرورة لا يمكن للتصل من موجداتها؛ ولا إطلاقها من كل تنظيم يضبطها؛ ويعتبر إطاراً لها.

وتظل الصعوبة التي لا مرأى فيها، هي في بيان الحدود الخارجية لهذا الإطار... فهسلي لا يكون التفويض جائزاً إلا إذا كان مقبولاً عقلاً بأن كان واقعاً في إطار الحدود المنطقية للتفويض...؟؟؟ أم أن المسائل التي يشملها التفويض لا يجوز أن يراها قضاءاً للشرعية الدستورية

بالنظر إلى حساسيتها وتعدد دروبها بما يفرض عليهم تجديدها قدر الإمكان؟ أم أن شسرط جواز التفويض هو انحصاره في مسائل جانبية محدودة الأهمية؟

المطلب الأول

شروط جواز التفويض

٣٩٣- ولبيان ما إذا كان التفويض في الاختصاص جائزا قانونا أم محظورا، فلن نمة قواعد قانونية بتعين إيضاها بصفة مبدئية وهي:

أولا: أن ولاية السلطة التشريعية تنحصر أصلا في الحدود التي قيدها الدستور بها.

ثانيا: أن تقرير اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي عهد الدستور بها صراحة لها، لا يحول دون مباشرتها لكل المسائل التي تنفرع بالضرورة عن اختصاصها العام.

فالمراقبة التي تفرضها السلطة على موارد الدولة ستحولها الاختصاص بتنظيم كيفية إنفاقها في مصارفها.

بما موداه أن ما يعتبر من الفروع نتيجة مباشرة للأصول التي تجمعها، يكون من لوازمها التي لا تنفصل عنها.

فالمسلطة في عموم مفهومها تتناول بالضرورة كل ما يدخل في جزئياتها.

وتلك قاعدة يملها حكم العقل، ولا مجال لحضنها أو الاعتراض عليها، ولو خلا الدستور من نص يقرها.

ثالثا: الأصل في المسائل التي لا يأذن الدستور للسلطة التشريعية باتخاذ قرار فيها، أو بمنعها عنها، أن تعتبر محظورة عليها^(١).

رابعا: أن ما يندرج ضمنا في إطار اختصاص عام، يكون واقعا في حوده. فاختصاص السلطة التشريعية بتنظيم الحقوق على اختلافها يفرض للمكوس وتقرير قواعد الإنفاق العام،

(١) Kansas v. Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

واقتراض النقود وصكها، وتنظيم التجارة مع الدول الأجنبية، ووضع قواعد موحدة في شأن الجنسية والنفاذ، وضمان تقدم الدولة في بحوثها العلمية والعمل على تشجيعها ودعم الفنون المفيدة، كل ذلك وغيره يكون والقها في إطار الاختصاص العام للسلطة التشريعية بإقرار القوانين التي تتصل بالحياة اليومية لمواطنيها وتكفل رعايهم، وتحقيق الآمال التي يتطلعون إليها.

خامساً: تعتبر السلطة مندرجة ضمناً في إطار الاختصاص العام، ولو لم تكن ضرورية لمباشرة هذا الاختصاص Necessary، وإنما يكفيها أن تكون ملائمة Convenient لتحقيق الأغراض التي يتوخاها.

سادساً: تتناول السلطة الواقعة ضمناً في إطار اختصاص عام مقرر بنص في الدستور، كافة الوسائل التي ترتبط عقلاً بتحقيق الأغراض التي يستهدفها الاختصاص العام، وبما لا يخل بالحدود الخارجية لهذا الاختصاص؛ وإلا صار الاختصاص العام لغوا Nugatory.

ذلك أن مباشرة السلطة لولايتها إما أن تكون لحرافاً عنها أو تنقيداً بضوابطها. وهي تباشر ولايتها في الحدود التي رسمها الدستور لها، إما بتوليها الأعمال التي حصر الدستور اختصاصها فيها؛ وإما بتصديها لكل المسائل التي تستق عملاً من اختصاصها المحدد حصراً، بما يربطها به بعلاقة منطقية The Derivative Exercise of an Enumerated power فلا تشكل النصوص المحددة للاختصاص تحديد حصراً، مع الوسائل المؤدية عملاً إليها، غير وحدة عضوية لا تنقسم أجزاؤها.

سابعاً: أن كل تفويض يتقيد بالضوابط ذاتها التي تتقيد بها السلطة التشريعية في مجال مباشرتها لولايتها.

ذلك أن هذه السلطة لا يسعها أن تنقل لغيرها إلا الحقوق التي تملكها The legislative power can give away only what is its to give.

فما حظره الدستور على السلطة التشريعية ذاتها يفيد من يتلقى التفويض منها. وإذا كان لا يجوز لهذه السلطة أن تنظم الحقوق بما يناقض جوهرها، وكان لا يجوز لها كذلك طبقاً للدستور أن تفصل النصوص القانونية التي أقرتها، عن الأغراض التي توختها من إقرارها؛ فإن الذين يباشرون التفويض يتقيدون بهذه الضوابط ذاتها. ولا يجوز في التفويض الصادر عن السلطة

التشريعية الاتحادية، في الدول الفيدرالية، أن يصل مداه إلى حد الإحاطة باختصاص تشريعي مقرر لولاياتها طبقاً للدستور^(١).



تلك هي القواعد التي تحكم ولاية السلطة التشريعية. وعلى ضوءها يمكن القول بأن كل اختصاص مخول للسلطة التشريعية بنصر في الدستور، يفيد ضمناً سلطة التفويض في مباشرة هذا الاختصاص بما يكفل تحقيق الأغراض التي يتوخاها^(٢).

A constitutionally – granted congressional power, implies a power to delegate authority under it sufficient to effect its purposes

المطلب الثاني

صور التفويض

٣٩٤- ويتخذ التفويض عادة صورتين:

ففي إحداهما يتخذ التفويض صور تقرير قواعد قانونية تكتمل بها ملامح قانون قائم ليظهر في صورته النهائية.

وفي هذه الحالة يقتصر البرلمان على تحديد الخطوط الرئيسية لموضوع معين، تتركها إلى الجهة التي يعينها الاختصاص بملء الفراغ فيها To fill the details. كتفويل رئيس الجمهورية سلطة زيادة التعريف الجمركية أو خفضها وفقاً للقانون، وكتفويل المحكمة العليا في بلد ما أن تعدل بعض القواعد الإجرائية التي تلتزمها المحاكم الأدنى منها.

وكثيراً ما يحدد القانون الجنائي الإطار العام للجريمة، ويفوض السلطة التنفيذية في تقرير جوانبها الأخرى التي لم يتناولها القانون بالتنظيم.

(١) Laurence H. Tribe, American constitutional law, second edition, p. 362.

(٢) Lichter v United States, 33 U.S. 742, 778 (1948).

وقد يفوض القانون وزير الخزانة في تقرير الحد الأدنى من الخصائص النوعية، ودرجة النقاء التي يجب توافرها في السلع الأجنبية المستوردة^(١).

وفي الصورة الثانية، تفوض السلطة التشريعية جهة غيرها في سلطة إحياء نصوص قانونية، أو وقفها أو تعديلها، بناء على اختيار نادر هذه الجهة طرء على العناصر الواقعية التي تقوم عليها هذه النصوص^(٢) (Contingent legislation).

ويدخل في ذلك أن تقر السلطة التشريعية قانونا، وتعلق تطبيقه على تحقق رئيس الجمهورية من واقعة بذاتها، كلن تعلق تنفيذ قانون صدر عنها يكفل حرية التجارة بين بلدانها والدول الأجنبية؛ على أن يكون تبادل التجارة فيما بينها، مقصورا على الدول الأجنبية التي تصون حقوق الإنسان، أو التي لا تعاديهما، أو تناهض مصالحها من وجه آخر.

ومن ذلك أيضا تخويل رئيس الجمهورية فرض قيود على تبادل التجارة مع الدول التي تخل بحرية تنقلها، من خلال المكوس الباطنة التي تفرضها على السلع التي تستوردها بلده^(٣).

ولأن التفويض في السلطة لا يجوز أن يجاوز حدود الاختصاص المقرر للسلطة الأصلية التي صدر التفويض عنها، فإن التفويض يتقيد بالضرورة بالضوابط التي فرضها الدستور على الاختصاص الأصل.

فإذا كان الدستور قد احتجز مسائل بذواتها لغير السلطة التشريعية أو منعها من تنظيمها، فإن تفويض السلطة التشريعية فيها يكون محظورا. ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة أن تفوض ولاية في إدارة الشؤون الخارجية، ولا أن تخولها الحق في أن تصوغ القوانين المركزية التي تنظم الجندية^(٤).

(١) Wayman v. Southard, 23 U.S., 10 Wheat (23 U.S) 1, 14 (1825); Butfield v. Stranaham, 192 U.S. 470 (1904).

(٢) United States v. Rock Royal Co- op., Inc, 307 U.S. 533 (1939).

(٣) Field v. Clark 143 U.S. 649 (1892); Lichter v. United States , 334 U.S. 742. 778-779 (1948); The brig Aurora, 11 U.S (7 Cranch) 382 (1813).

(٤) Zschering v. Miller, 389 U.S. 443 (1968).

وقد يلزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولى بنفسها تنظيم مسائل حددها، فلا يكون التفويض فيها جائزا Non-delegable issues. ومن ذلك أن الدستور قد يخول رئيس الجمهورية حق إبرام المعاهدات في حدود توجيهات السلطة التشريعية وبموافقتها. ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة -ولو بأغلبية خاصة- أن تشكل لجنة من خارجها تعهد إليها بأمر الموافقة على أية معاهدة دولية يبرمها رئيس الجمهورية أو الاعتراض عليها^(١).

وقد يكون حق اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة أو بالإخلال الجسيم بواجبات وظيفته، مقصورا على السلطة التشريعية أو على أحد مجلسيها. فلا تكون هذه السلطة أو هذا المجلس، غير الجهة الوحيدة التي تتولى هذا الاختصاص بلا تفويض^(٢).

وفضلا عن المسائل التي أزم الدستور السلطة التشريعية بأن تتولاها بنفسها، كفرضها لضريبة عامة وفقا لنص المادة ١١٩ من الدستور القائم في جمهورية مصر العربية، فإن من المحظور على هذه السلطة أن تنقل ولايتها التشريعية بأكملها إلى جهة أخرى The legislative power as a whole، حتى لا يكون موقفها من الوظيفة التي اختصها الدستور بها، شلبا نهائيا منها بتفويض غيرها في ممارستها Non-transferable delegation.

كذلك لا يجوز للجهة التي فوضتها السلطة التشريعية في مباشرة اختصاص معين، أن تنظر إلى هذا التفويض باعتبارَه منصرفا إلى سلطة موازية للسلطة التشريعية، يتكافأ به مركزها معها. ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، تتقيد بالضرورة بنطاق المسائل التي فوضتها للسلطة التشريعية فيها، وبالأغراض التي كلفتها بتحقيقها. فلا تتخذ من الوسائل لضمانها، غير تلك التي ترتبط عقلا بها.

ومن ثم لا تتولّى للجهة المتلقية للتفويض منها، الحرية ذاتها التي تملكها السلطة التشريعية، والتي تخولها النظر في كافة الأغراض التي يجوز أن تستجيبها في إطار ولايتها. وإنما يعين أن تقيد الجهة المتلقية للتفويض نفسها بتلك الأغراض التي ترتبط بالمهام التي كلفتها السلطة التشريعية بتحقيقها. بما موداه أن للسلطة التشريعية -دون الجهة التي فوضتها- خياراتها المفتوحة في مجال تقدير الأغراض التي يجوز أن تستهدفها The open-ended discretion to choose ends.

(١) Laurence H. Tribe, *ibid*, pp. 362- 363. (2)

فالجهة التي تفوضها السلطة التشريعية في تنظيم أوضاع العمل في صناعة معينة، لا يجوز أن تقرر حرمان غير المواطنين العاملين فيها، من تقلد بعض المهام المدنية بها؛ ولو بادعائها أن لهذه المهام حساسيتها التي تقتضى قصرها على المواطنين. إذ ليس للجهة المتلقية التفويض شمة اختصاص في مجال إدارة الشؤون الخارجية، ولا في عقد معاهدة دولية أو التفاوض عليها، ولا في تنظيم شؤون الهجرة أو شروط تلقي الجنسية وكسبها. وإنما يقتصر التفويض الممنوح لها على مجرد تقرير وتنفيذ الشروط والأوضاع الأفضل لأداء العمل في صناعة بذاتها^(١).

وبوجه عام، تركز القيود على التفويض الصادر عن السلطة التشريعية، في أساسها، إلى ما يتطلبه الدستور ضمناً في الحكومة، من قبول الجماهير لتصرفاتها، وتوافقها مع القانون في معمله العام^(٢) (Consensual government under law). ذلك أن الحكومة بأفعائها التشريعية والتنفيذية والقضائية، لا تباشر إلا سلطة مسئولة من الناحيتين السياسية والقانونية. ومن الناحية الدستورية، يفترض تعاون السلطة التشريعية مع غيرها من الأفرع، أن تكون خياراتها نابعة من قبول المواطنين لتصرفاتها كأساس وحيد لتدخل السلطة التشريعية المنتخبة في شؤونهم، وتصريفها لها.

ولا يجوز بالتالي لهذه السلطة، ولا للهيئة التي تفوضها في مباشرة بعض اختصاصاتها، أن تتخذ إجراء أو تكبيراً، ولا أن تقوم بعمل، ما لم يكن واقعاً أصلاً في نطاق ولاية السلطة التشريعية التي حدد الدستور تفويضها.

وعلى هذه السلطة، وقبل إقرارها لتفويض أيا كان مداه، أن تعلن أولاً عن سياستها في موضوع معين؛ وأن تحدد بعد ذلك الشروط والأوضاع التي يكفل التفويض من خلالها تنفيذ هذه السياسة وتحقيقها^(٣).

ونلك هي القواعد التوجيهية التي لا يجوز للهيئة المتلقية للتفويض من السلطة التشريعية، أن تتحلل منها في ممارستها للتفويض الصادر لها.

(١) Hampton v. Mow Sun Wong, 426 U.S. 88 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, ibid, pp. 364.

(٣) Opp Cotton Mills, Inc v. Administrator, 312 U.S. 126, 144 (1941); See Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935).

ذلك أن دستورية الأعمال والتدابير التي تتخذها الهيئة الملتقية للتفويض، مناطها أن يصدر بالتفويض قانون عن السلطة التشريعية؛ وأن تكون الأعمال أو التدابير المفوض فيها، داخلة أصلاً في اختصاصها؛ ولا يتناول التفويض مسائل ألزمها الدستور بأن تستقل بتصرفها
Non-delegable power.

وكما كان نطاق التفويض منبهما، أو كانت ضوابط تحديد عناصره ومستوياتها، عرضة في اتساعها، كان التفويض غير مقبول ميسبياً ودستورياً. ذلك أن السياسة التي تختطها السلطة التشريعية لنفسها، هي التي تعاسبها هيئة الناخبين عنها. فإذا كان التفويض غامضاً في حدوده، أو عريضاً في أبعاده، دل ذلك على تخليها عن جزء من ولايتها لجهة لا تكون مسئوليتها أمام هيئة الناخبين في الحدود ذاتها التي تقتضيها هذه الهيئة من السلطة التشريعية نفسها.

فلا ترض هيئة الناخبين رقابتها المباشرة على هذه الجهة بما يطلق تصرفاتها من عقائدها، ويحول دون ضبطها أو مساءلتها عنها. ولا يحو ذلك أن يكون إسرافاً من السلطة التشريعية في مجال التفويض، غير جائز من الناحية للدستورية.

ويفصل قضاء الشرعية الدستورية، فيما إذا كان الاختصاص المفوض فيه داخلاً أصلاً في ولاية السلطة التشريعية؛ وما إذا كان التفويض قد تناول مسائل يجوز التفويض فيها؛ وما إذا كان

منطوياً على معايير وضوابط توجه بها السلطة التشريعية للذين تلقوا التفويض عنها فيما يتعين عليهم أن يفعلوه؛ وما إذا كان للتعبير أو الإجراء الصادر عنهم واقفاً في حدود التفويض؛ وما إذا كانت الوسائل التي اخترعوها في مجال مباشرة السلطة التي فوضوا فيها، ملائمة في غير تجاوز. وليس بشرط أن تكون المعايير والضوابط التي توجه بها السلطة التشريعية للذين تلقوا التفويض منها، جلية قاطعة حدودها، وإنما يكفي أن يكون بالإمكان فهمها^(١).

فإذا أحاط المفوض بها، صام التفويض منبهما لا تقتصر مضاره على تحية هيئة الناخبين عن مباشرة رقابتها على الهيئة الملتقية للتفويض، وإنما تتحقق هذه المضار كذلك من زلوية تخطى

(١) American Power and light Co. v. SEC, 329 U.S. 90 (1946).

السلطة التشريعية عن تقرير خياراتها في مسائل بالغة الأهمية تكتنفها محاذير كبيرة، إلى الجهة التي فرضتها بدلا عنها في اتخاذ قراراتها بشأنها.

وهي جهة تنطلق على نفسها في الأعم من الأحوال، ولا تؤثر الإرادة الشعبية في توجيهاتها. وليس لهؤلاء الذين يتصل التفويض بمصالحهم المباشرة، من أثر على تحديدها للبدائل التي تفاضل بينها.

وشأن التفويض الغامض، شأن التفويض المنفوط Broad delegations of power، كلاهما غير مقبول. ذلك أن التفويض في الصورة الثانية يجعل السلطة التشريعية مسؤولة عن أعمال ليس لها سيطرة عليها، هي تلك الصادرة عن الجهة المتلقية لتفويض شديد الاتساع. إذ يخولها هذا التفويض أن تحدد بنفسها معايير مناهجها وطرائقها في العمل. وقد يكون التفويض المنفوط مجرد قناع تتستر السلطة التشريعية وراءه حتى يتحمل آخرون عنها مسؤولية أعمال خطيرة لا تريد أن تواجهها، بما يقلص من فرص اتخاذ قرار وفق أسس موضوعية في المسائل التي اتصل التفويض بها؛ وينال كذلك من حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية. وهو ما حمل جهة الرقابة على الدستورية، على أن تقصر قانون التفويض في حدود ضيقة، وأن تبطل قانون التفويض كلما تعذر عليها توفيق أحكامه مع الدستور^(١).

وكلما كان التفويض، لا ينال بصورة ظاهرة من حقوق الأفراد وحرياتهم التي كفلها الدستور، فإن جهة الرقابة القضائية على الدستورية تتصاحب غالبا في تخلي السلطة التشريعية -من خلال التفويض- عن بعض مظاهر ولايتها، أو أجزاء من مسؤوليتها.

وكثيرا ما تتخذ جهة الرقابة من القيود التي فرضتها الهيئة المتلقية للتفويض على نفسها -في مجال تطبيقها لشروطه وفهمها لمحتواه- أساسا لتحديد مضمون التفويض ومداؤه؛ ومن الضوابط التي حددتها هذه الهيئة لتنفيذ السياسة التي فرضتها السلطة التشريعية في تحقيقها، صمام أمن يحول دون تحكمها في استخدام السلطة التي تعلق التفويض بها^(٢).

(١) Greene v McElroy, 360 U.S. 474,507 (1959).

(٢) United States v. Rock Royal Co-op., Inc., 307 U.S. 533,577 (1939).

ولا يعني ذلك، أن تشلب جهة الرقابة على الدستورية من مراجعتها لحدود التفويض ولضرورة تعيين المسائل التي يشملها بما يحول دون التجهيل بها. بل ربما كان تحفظها على كل تفويض عريض في مداه، أو غامض في معناه، هو القاعدة التي لا تفريط فيها.

ذلك أن الجهة المتلقية للتفويض، يستحيل القول بتساويها مع السلطة التشريعية التي تراقبها هيئة الناخبين وتسايلها عن أعمالها وتصرفاتها؛ ولا أن تفترض دستورية التدابير التي تتخذها مثلما تفترض دستورية البصوص القانونية التي أقرتها السلطة التشريعية المنتخبة.

ومن غير الجائز بالتالي أن تفترض مشروعية التفويض، أو الضوابط التي يقوم عليها، إذ هو استثناء من أصل اختصاص السلطة التشريعية بالمسائل التي يتناولها.

وصح القول بالتالي بأن مناط مشروعية التدابير التي تتخذها الجهة المتلقية للتفويض، هو إنصافها، وإيلاؤها الاعتبار لكافة المصالح المتصلة بموضوع التفويض، وبافتراض أن التفويض -في مصدره وأبعاده- لا يناقض الدستور.

ولا كذلك أن تتخلى السلطة التشريعية من خلال التفويض الصادر عنها عن قراراتها الصعبة فيما هو هام من شئونها، وإن دل العمل على امتناع التفويض الصادر عنها في المجال الدولي بما يخول رئيس الجمهورية سلطة تقدير يتحرر بها من كثير من القيود التنظيمية التي تحد عادة من حركته في النطاق الداخلي^(١).

ويبطل التفويض كذلك إذا كانت الجهة المتلقية للتفويض من أشخاص القانون الخاص كجماعة دينية. ذلك أن السلطة التشريعية لا يجوز أن تتخلى عن موارزها التقديرية إلى جهة خاصة تنقسمها معها. بل إن النظرة الدعائية التي تحملها جهة الرقابة على الدستورية لمثل هذا التفويض، تمثل موقفا ثابتا لها؛ وهو ما يتحقق على الأخص من خلال تفويض منظمة خاصة في أن تتخذ تدابير لها قوة القانون تنظم بها أوضاع صناعة بعينها. ذلك أن الدساتير لا تسلط الناس بعضهم على بعض، وعلى الأخص في مجال يتنافسون فيه. وصدور تفويض من السلطة

(١) United States v. Curtiss- Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).

التشريعية في هذا الاتجاه، مؤداه تخطى السلطة التشريعية عن ولجائها وامتيازاتها^(١) ولا يجوز تمثيلا مع ذلك الاتجاه أن تقاسم جمعية دينية، السلطة التشريعية في اختصاصاتها الهامة والتقديرية^(٢).

٣٩٥- وفي مصر ينظم دستورها الصادر في ١٩٧١ صورتين من صور التفويض: إحداها: هي التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية. وهذه يحكمها نص المادة ١٠٨ من الدستور.

وثانيتهما: تفويض خاص، لا يتقيد بالضرورة، ولا بالأحوال الاستثنائية، وإنما هو تفويض في أوضاع طبيعية، يتوخى أصلا استكمال نظم قانونية قائمة. ومن ثم نباشر الجهة المتلقية للتفويض سلطتها في حدود قانون، فلا تكمل إلا أحكامه.

وهذه الصورة الثانية من التفويض لها مثالان واضحيان، هما المادتان ١١٩ و ١١٦ من الدستور.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

الفرع الأول

التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية

٣٩٦- هذه الصورة من التفويض هي التي تنص عليها المادة ١٠٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض يصدر عن

(١) A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495, 537 (1935).

(٢) وقد حكم بطلان التفويض الصادر لكل كنيسة والذي يخولها أن تمنع إصدار تراخيص بتداول الخمر داخل دائرة قطرها ٥٠٠ متر من موقع الكنيسة. Larkin v. Grendel's Den Inc., 459 U.S. 116 (1982). ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية رفضت الإدعاء بعدم دستورية تفويض صادر إلى القاتل الهندية يخولها -في نطاق أقاليمها- تنظيم بيع الكحول فيها. وكان رفض هذه المحكمة للطعن على هذا التفويض، راجعا إلى أن القاتل الهندية تجمعت منفردة تحوز بعض مظاهر السيادة على أعضائها وأقاليمها، ولا يجوز بالتالي مساواتها بالتتظيمات الخاصة.

United States v. Mazurie, 419 U.S. 544 (1975).

السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، أن يصدر قرارات لها قوة القانون، بشرط أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات، والأسس التي تقوم عليها.

ويجب عرض هذه القرارات على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولم توافق هذه السلطة عليها، زال ما كان لها من قوة القانون.

٣٩٧- ذلك هو نص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو يفول رئيس الجمهورية دون غيره، سلطة استثنائية قديما الدستور بشروط صارمة تحيط بها، حتى لا يباشر رئيس الجمهورية هذه السلطة انحرافا بها عن مضمونها وأهدافها؛ خاصة وأن مباشرته لهذه السلطة، لازمها -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة العليا الأسبق من المحكمة الدستورية العليا- نقل الاختصاص التشريعي كاملا من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية في نطاق المسائل التي فوض فيها، ليمارس صلاحياتها في خصوص ما فوض فيه^(١) بما في ذلك المسائل التي نص للدستور على أن تكون تتطلبها بقانون^(٢).

وتقرر المحكمة العليا كذلك أن هذا التفويض لا يعتبر من الأعمال السياسية التي لا يجوز إخضاعها لرقابتها. وسندا في ذلك أن مباشرة رئيس الجمهورية لهذا التفويض، إما يتم وفق الشروط والضوابط التي حددها الدستور، وإلا كان مخالفا لأحكامه^(٣)، فضلا عن أن هذا التفويض، لا يفيد إعفاء رئيس الجمهورية من الخضوع للقانون^(٤).

(١) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١ لسنة ٢ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٢ من نوفمبر ١٩٧٣- قاعدة رقم ١٣ ص- ١٢٣ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية عن المحكمة العليا- ١٩٧٠-١٩٧٦.

(٢) "محكمة عليا" الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية"-جلسة ٢ من أبريل ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٩ ص- ٤٥٧ من المرجع السابق.

(٣) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٩ لسنة ٤ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٥ أبريل ١٩٧٥- قاعدة رقم ٢٦ ص- ٢٥٩-٢٦٠ من المرجع السابق.

(٤) "محكمة عليا" -الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" -جلسة ٦ مارس ١٩٧٦- قاعدة رقم ٣٢ ص- ٣٥١ من المرجع السابق.

٣٩٨- ونص المادة ١٠٨ من الدستور لقائم يفترض أولاً: أن يصدر التفويض لرئيس الجمهورية؛ وثانياً: أن يكون هذا التفويض واقعاً عند الضرورة، وفي الأحوال الاستثنائية؛ وثالثاً: أن تكون المسائل التي يتعلق التفويض بها، محددة في موضوعها، وفي الأسس التي تقوم عليها؛ ورابعاً: أن يكون لهذا التفويض مجال زمني لا يتعداه؛ وخامساً: أن يعرض رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، ما اتخذ من تدابير وفق قانون التفويض وذلك بمجرد انتهاء مدة التفويض، وفي أول جلسة لها، وإلا زال ما كان لها من قوة القانون.

٣٩٩- تلك هي الخطوط الإجمالية للتفويض المخول لرئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ١٠٨ من الدستور.

ويلاحظ على هذه المادة ما يأتي:

أولاً: أنها تشترط لجواز التفويض المقرر بها، أن يصدر لرئيس الجمهورية. ولا يجوز بالتالي أن يعهد به لغيره من أعضاء السلطة التنفيذية أو أجهزتها.

ثانياً: أن هذا التفويض مقيد بالضرورة وبالأحوال الاستثنائية. ولا تكل الأعمال التحضيرية للدستور، ولا أية وثيقة قارنتها أو تقدمتها، على المقصود بكل من الضرورة وبالأحوال الاستثنائية. وهما واقعان ملائكتان يفترض أنهما لا تختلطان، وإن تعذر ضبط الفواصل بينهما بمثل يحجزهما عن بعض.

ولا يتصور بالتالي إلا أن الدستور أراد تجسيم الأوضاع الظرفية التي يصدر التفويض بمناسبة. ذلك أن الضرورة تنقسم دائماً بأمرين: أولهما: إحدائق المخاطر التي نقارنها، ثانيهما: أنها حالة عارضة تتلقى الأصل في الأشياء. وهي بذلك استثنائية في خصلتها وطورتها. وبين ثم تندرج تحتها كافة الأحوال الاستثنائية التي تحمل معها هذا النوع من المخاطر. بما مؤداه أن ما قصد الدستور إلى ضمانه من خلال شرطي الضرورة والأحوال الاستثنائية هو أن يرتبط التفويض بأكثر أشكال الضرورة عمقا، وخطرا، وحدة، فلا تكون الضرورة التي قصدها الدستور بنص المادة ١٠٨، غير الضرورة الاستثنائية التي تحيط بأوضاع بذواتها، يتوخى التفويض مواجهتها أو التحوط لدرئها، وأنها تستغرق بالتالي كافة الأحوال الاستثنائية التي هي من جنسها، فلا تكون هذه وصفا مضافا إلى الضرورة مستقلا عنها، بل مندرجا تحتها ومشمولا بها.

وما نراه أن ما توخاه الدستور من تطبيق جواز التفويض على تولف الضرورة والأحوال الاستثنائية، أن هذين الوصفين -حتى وإن قيل بتدخلهما- إلا أنهما يعبران عن اتجاه قصيد الدستور إلى توكيده، هو ألا تنزل السلطة التشريعية عن بعض مظاهر ولايتها إلى رئيس الجمهورية، إلا إذا حملتها على هذا التفويض أوضاع استثنائية من طبيعة قاهرة Exceptional situations of compelling nature تتسم بحدتها وبعدم ثباتها، وتُحذر التنبؤ سلفاً -بالتالى- بأحوالها وظروفها ومتغيراتها، مما يقتضى مواجهة صورها المختلفة بتدابير تلائمها لها من مرونتها وفاعليتها ما يكفل رد المخاطر التى تقارنها أو على الأقل التقليل من شدتها.

وبالتالى لا تتخلى السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية عن بعض مظاهر ولايتها حتى تزن هذه الأوضاع القاهرة في حدتها، والمتغيرة في أشكالها، بما يناسبها، فلا تكون للضرورة والأحوال الاستثنائية بالتالى غير وصفين لسلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية في أدق الأوضاع، وأكثرها خطراً في نوعها، ودرجة إحداثها.

ثالثاً: أن التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من الدستور، يجوز أن يتناول كافة المماثل التى تدخل أصلاً في اختصاص السلطة التشريعية، عدا تلك التى نص للدستور على أن تستقل هذه السلطة بنفسها باتخاذ قرار فيها، بالنظر إلى أهميتها واتصالها المباشر بمصالح مواطنيها، أو بالسياسة التى لخطتها لنفسها في تحقيق هذه المصالح وضمانها، وببطل التفويض بالتالى إذا طلق بأكثر مهام السلطة التشريعية خطراً ولشدتها أهمية، كاتصال التفويض بتكليف الجولاب الأساسية لحقوق المواطنين وحرياتهم.

وليس كافياً بالتالى ما تنص عليه المادة ١٠٨ من الدستور من ضرورة أن تعين السلطة التشريعية موضوع التفويض، ذلك أن كل تفويض ينحل إلى سلطة استثنائية يباشرها رئيس الجمهورية فيما ينبغي أن تتولاها السلطة التشريعية أصلاً من مهامها، وما لا يجوز لها التفريط فيه من جوانب مسؤولياتها، يكون مجاوزاً ضوابط الدستور.

رابعاً: أن لكل تفويض مدة لا يجوز أن يجاوزها. وهى لا تكون كذلك بناء على مجرد تحديد المشرع للواقعة التى يبدأ منها جريانها، وتلك التى تزول بتحقيقها، ذلك أن مدة التفويض الجائزة وفقاً للدستور، إنما تتحدد بقدر الضرورة الاستثنائية التى صدر التفويض لمواجهتها، ليزول التفويض بزوال هذه الضرورة. كذلك لا يجوز أن تتدخل مدد التفويض -حتى مع قصر

كل منها- لتتحول في مجموعها إلى مدد تتصل حلقاتها ويستطيل زمنها. وهو ما يتحقق من خلال موافقة السلطة التشريعية على قانون تفويض جديد يتناول المسائل عينها قبل انتهاء مدة التفويض الأول بأيام، أو في اليوم التالي مباشرة لانتهاء مدة للتفويض الأول.

ذلك أن تدخل مدد للتفويض مع بعضها، أو تعاقبها في الزمان، مؤداه أن ينبسط زمن التفويض إلى غير حد، وأن يترأخى بالتالي عرض التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية. ويتعين أن يعمل هذا التفويض بالتالي باعتباره غير معين المدة، وباطلا.

خامسا: أن التزام رئيس الجمهورية بأن يعرض على السلطة التشريعية فور انتهاء مدة التفويض، للتدابير التي اتخذها أثناءه، يفترض أن تكبر هذه السلطة حوارا حقيقيا حول طبيعة هذه التدابير، وضرورتها، ونطاقها، ومناستها للأوضاع الاستثنائية الملحة التي واجهتها.

ذلك أن تفويل رئيس الجمهورية الاختصاص بالتفويض وفقا لنص المادة ١٠٨ من الدستور لا يجوز أن ينحل إلى سلطة مطلقة يباشرها دون قيد. وإنما تتحدد مشروعية التدابير التي اتخذها، على ضوء الأوضاع التي لا يستها، ويقدر حدثها، وإلا صار التدبير مجردا من سببه، وباطلا.

سادسا: أن الأسس التي يقوم عليها تنظيم الموضوع محل التفويض، ينبغي أن تكون قاطعة في وضوحها. ذلك أن هذه الأسس هي المعايير التي تلتزمها السلطة المنقضية للتفويض فيما تفعل. فإذا خلا قانون التفويض منها، أو جهل المشرع بها، بطل التفويض. ذلك أن انتفاء هذه المعايير أو غموضها، مفض إلى إطلاق سلطة التفويض، فلا تحكمها ضوابط توجهها وتقيدها.

سابعا: أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية (إعمالا للتفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، لها قوة القانون، وقتها هذه تفويل رئيس الجمهورية أن يعدل قوانين قائمة، وأن يلغيها، وأن ينظم كل الحقوق التي يشملها موضوع التفويض أيا كان نوعها.

وشروط ذلك ألا ينقض تنظيمه لهذه الحقوق أية ضمانات كفلها الدستور لها، أو ينتقصها من أطرافها.

ذلك أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لهذه المادة -ولو تطلبها أوضاع استثنائية- لا يجوز أن تخل بنصوص الدستور. وإنما تكون هذه النصوص قيداً عليها، فذلك وحده هو الضمان لخضوع هذه التدابير للقانون، والدستور في مدارجه الأعلى.

ثامناً: حدد الدستور حالتين تقول فيهما قوة القانون التي كانت للتدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً لنص المادة ١٠٨ المشار إليها هما: إذ لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض؛ أو إذا عرضها على هذه السلطة ولكنها لم تقرها.

ويلاحظ في هذا الشأن، أن نص المادة ١٠٨ من الدستور لم ينص على زوال قوة القانون التي كانت لهذه التدابير بأثر رجعي يرد إلى لحظة اتخاذها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية في أول جلسة لها بعد انتهاء مدة التفويض؛ أو إذا قد عرضها عليها ولكنها لم تقرها. بيد أن قوة القانون التي كانت لهذه التدابير لا تزول عنها -في إحدى هاتين الحالتين- بأثر رجعي. وذلك خلافاً لنص المادة ١٤٧ من الدستور التي تتعلق بلوائح الضرورة والتي تنزل الآثار التي ترتبها بأثر رجعي يرد إلى لحظة إصدارها إذا لم يعرضها رئيس الجمهورية على السلطة التشريعية، أو عرضها عليها ولكنها لم تقرها، وذلك ما لم تقرر السلطة التشريعية اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية الآثار المترتبة عليها بوجه آخر.

وهذه المغايرة في الحكم بين كل من نص المادة ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور، غير مفهومة. ذلك أن صدور قانون التفويض عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، يفترض تقديدها بالشروط التي فرضتها المادة ١٠٨ من الدستور لجوازه. فإذا لم يعرض رئيس الجمهورية التدابير التي اتخذها إعمالاً لقانون التفويض، أبان ذلك ضمناً عن مخالفتها للدستور ولقانون التفويض. ويفترض بالتالي أن رئيس الجمهورية تستر وراء عدم عرضها حتى لا يكشفها ومن ثم كان يُتَعمَّن أن تزول هذه التدابير بأثر رجعي، هي وقانون التفويض، إذا كان قد أقر بالمخالفة للدستور. كذلك فإن عدم إقرار السلطة التشريعية للتدابير التي أمر بها أو قررها رئيس الجمهورية وفقاً لقانون التفويض، مؤداه مجاوزة رئيس الجمهورية حدود التفويض -ويافتراض صحة القانون الصادر به- ليسم البطلان هذه التدابير منذ العمل بها. ولكن نص المادة ١٠٨ من الدستور أثر أن يتخذ موقفاً مختلفاً، فلم يبطل بأثر رجعي قوة القانون التي كانت لهذه التدابير، ولم يخول السلطة

التشريعية حق اعتماد آثارها في الفترة السابقة على عرضها عليها، أو تسوية الآثار التي رتبها على نحو آخر.

وفي ذلك إغراء للرئيس بأن يتخذ تدابير مخالفة للدستور ولقانون التفويض، وأن تنزل لها قوتها كقانون طول الفترة السابقة على عدم عرضها على السلطة التشريعية، أو على رفضها لها.

ولما كان الأمر فإن بقاء قوة القانون لتلك التدابير في الفترة السابقة المشار إليها، لا يطهرها من عوار مخالفتها للدستور، ولا يدخلها في زمرة القوانين التي تقرها السلطة التشريعية بنفسها وفق نص المادة ٨٦ من الدستور.

٤٠٠- وينبغي أن يلاحظ في شأن نص المادة ١٠٨ من الدستور:

أولاً: أن تحديد قانون التفويض للمعامل المفوض فيها، يفترض امتناع التجهيل بها وكذلك حظر كل تجديد لها يخل بوحدة موضوعها.

ثانياً: أن لكل تفويض شروطاً شكلية تمثل الحدود الخارجية للتفويض وشروطاً موضوعية تبلور حدوده الداخلية. وتتحصر الشروط الشكلية للتفويض في أن يصدر عن السلطة التشريعية بقانون يقره ثلثا أعضائها. وأن يعرض رئيس الجمهورية عليها -و بمجرد انتهاء مدة التفويض- التدابير التي كان قد اتخذها أثناءه.

ولا كذلك شروطه الموضوعية التي تتعلق بالضرورة الاستثنائية التي تبرره، وينطلق المعامل التي يتناولها وأسس تنظيمها، والأجل التي يباشر رئيس الجمهورية خلالها السلطة التي فوض فيها.

ثالثاً: أن الرقابة التي تباشرها السلطة التشريعية بعد انتهاء مدة التفويض على التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية تنفيذاً لأحكامه، هي رقابة ملائمة محلها انسجام هذه التدابير مع الأوضاع التي واجهتها بما يدل على تناسبها معها، وهي كذلك رقابة موضوعية غايتها التحقق من موافقة التدابير أو مخالفتها للدستور ولقانون التفويض. وهي في صورتها هاتين، رقابة سياسية لاحقة محلها التدابير بعد العمل بها وتطبيقها.

رابعاً: أن مدة التوقيض تمثل أخطر عناصره في مجال التمييز بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية. ذلك أن انقراط هذه المدة وفرطتها، مؤداه اتساعها وأن يستطول زمن سريان هذه التدابير الاستثنائية في طبيعتها. وفي ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين وحرياتهم^(١). فإذا جهل قانون التوقيض بالمدة التي يباشر خلالها، أو حدها على نحو مرن يحتمل أكثر من تأويل، دل ذلك على إخلال السلطة التشريعية بواجباتها، من خلال نقلها بصورة لا اعتدال فيها- جانباً من ولايتها إلى رئيس الجمهورية^(٢).

خامساً: أن قانون التوقيض يخول رئيس الجمهورية أن يباشر سلطة استثنائية لا تدخل أصلاً في ولاية السلطة التنفيذية. ويتعين بالتالي أن يمارسها في الحدود الضيقة التي حدد الدستور ملامحها، وأن يتوخى أكبر قدر من الحذر في التدابير التي يتخذها بالنظر إلى خروجها على أصل انفراد السلطة التشريعية بها. ذلك أن الدستور حدد لكل سلطة وظائفها الأصلية، وما تبشره من أعمال لا تندرج تحتها أو تدخل في إطارها. وإنما تعد استثناء على أصل تعلق نشاطها بالشئون التي توافق طبيعة وظائفها. وقد حصر الدستور الأعمال الاستثنائية التي تخرج بها كل سلطة عن

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ١٣ لسنة ٤ قضائية "مستورية عليا" جلسة ٥ إبريل ١٩٧٥-قاعدة رقم ٢٨-ص ٣٠٧ من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية. ويلاحظ أن هذه المحكمة كان قد طعن أمامها بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ التي تفوض رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون، خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتعلق بأمن الدولة وسلامتها وتحتة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني، وبصفة عامة في كل ما يراه ضروريا لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية. وقد اعتبرت المحكمة أن لكل توقيض ميعادا معلوما لا يقلل بالضرورة بوجوده قياس الزمن المادية كالشهر والسنة، وإنما يجوز أن تتحدد مدة التوقيض على ضوء معيار عام كإنهاء المعركة بين مصر وإسرائيل. وما قرره المحكمة العليا على النحو المتقدم محيب. ذلك أن المقصود بمدة التوقيض، هو أن ينحصر في أجل زمنية لا تستطيل مدتها حتى لا يحل رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية في المسائل التي فرضته فيها لأجل لا يبدو لها من نهاية في المنظور القريب.

(٢) "القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦-قاعدة رقم ٢٣-ص ٢٩ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا

النطاق الطبيعي لوظيفتها. وعليها بالتالى أن تلتزم حدودها الضيقة، وإلا صار نشاطها فيما تجاوز فيه حدود وظيفتها الأصلية، مخالفا للدستور^(١).

سانما: إذ تقر السلطة التشريعية قانون التفويض، فإن عليها أن تبين الخطوط العريضة التى انطلق التفويض منها، والأغراض النهائية التى قصدها من التفويض فى إطار السياسة التى تتوخى تنفيذها من خلاله.

ذلك أن هذا التحديد -بمناصره المختلفة- يقدم لرئيس الجمهورية عونا كافيا يبصر به حقيقة المهام التى كلفه التفويض بتنفيذها.

سابعاً: لا يعتبر رئيس الجمهورية فى تنفيذ لقانون التفويض نائباً عن السلطة التشريعية، ولا يحل محلها فيما يتخذ من التدابير تطبيقاً لأحكامه.

ثامناً: الأصل فى التفويض بالاختصاص، أن يكون مباشر الأكثر. بما مؤداه حظر سريان التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لأحكامه بأثر رجعى يرتد إلى لحظة سابقة على الأمر بها، بالنظر إلى القيود التى تفرضها هذه التدابير على الحرية والملكية.

الفرع الثانى

التفويض فى غير الضرورة الاستثنائية

٤٠١- وفضلاً عن التفويض المقرر بنص المادة ١٠٨ من الدستور، وهو نص عام فى مجال التفويض مقيد بالضرورة الاستثنائية، ولا يتلقى التفويض طبقاً لأحكامه غير رئيس الجمهورية، ولا يصدر قانون التفويض وفقاً لنص هذه المادة إذا لم تقره السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها؛ فإن نص المادتين ٦٦ والفقرة ٢/١١٩ من الدستور، يدخلان فى صور التفويض الخاص التى لا تتقيد بشروط التفويض المنصوص عليها فى المادة ١٠٨ من الدستور.

(١) "مستورية عليا" -للقضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢- قاعدة رقم ٣٥- من ٣٣٣ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها. انظر كذلك القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية "مستورية" جلسة ٢ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٣- ص ٤٢٩ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن هذا التفويض الخاص يتسم بخصائص محددة هي:

١. أن هذا التفويض الخاص يجوز أن يصدر لرئيس الجمهورية أو لغيره من أعضاء أو أجهزة السلطة التنفيذية.
٢. أن هذا التفويض الخاص لا يصدر عن السلطة التشريعية بأغلبية ثلثي أعضائها، وإنما بالأغلبية المطلقة للحاضرين منهم.
٣. أن السلطة التشريعية لا تتخلى به عن المسائل التي تتلونها التفويض، ولكنها تنظم بعض جوانبها على أن تعهد ببقائها للسلطة التي تتلقى التفويض منها وفيما يلي بيان لحكم المادة ٦٦ والمادة ١١٩/٢ من الدستور.

أولاً:

نص المادة ٦٦ من الدستور

٤٠٢- الأصل أن تتولى السلطة التشريعية، ويقانون تفره وفقاً للدستور، تحديد كافة الجرائم وبيان عقوباتها. بيد أن نص المادة ٦٦ من الدستور حولها أن تقر قانوناً متضمناً أمرين:

أولهما: بيان الخطوط الرئيسية للتجريم في أحوال بذاتها.

وثانيهما: تفويض السلطة التنفيذية في استكمال ما نقص من جوانب هذا القانون.

ولا مخالفة في ذلك للدستور. ذلك أن السلطة التنفيذية لا تبادر من تلقاء نفسها بتحديد بعض ملامح التجريم كـ مجال محجوز لها، ولكنها تعمل من خلال التفويض في حدود قانون قائم، بما يجعل دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ودائراً في إطار قانون صادر عنها^(١).

وإذا تباشر السلطة التنفيذية هذا الاختصاص عملاً بنص المادة ٦٦ من الدستور التي تؤكد ما جرى به العمل من تكليفها بتحديد بعض ملامح الجرائم وعقوباتها في الحدود التي بينها القانون،

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧-القاعدة رقم ٤٧-ص ٧١٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها

واستهدافا للصالح العام؛ فإن ما تصدره السلطة التنفيذية من القواعد القانونية في مجال تطبيق نص المادة ٦٦ المشار إليها، لا يعتبر من صور التفويض المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من الدستور القائم، ولا من قبيل اللوائح التنفيذية التي نظمها المادة ١٤٤ من هذا الدستور^(١).

ثانياً:

الفقرة الثانية من المادة ١١٩ من الدستور

٤٠٣- كذلك فإن الضريبة العامة وإن كان لا يجوز فرضها إلا بقانون عملاً بالفقرة الأولى من المادة ١١٩ من الدستور، فإن فقرتها الثانية تنص على أن غير الضريبة من الأعباء المالية، يجوز فرضها في حدود القانون.

ويتعين بالتالي أن تعامل الفقرة الثانية المشار إليها كنص خاص في مجال تطبيقها، لا تنقيد بالضوابط التي حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهورية -دون غيره- في مباشرة بعض مظاهر الولاية التشريعية بصفة استثنائية، ولكنها تخول السلطة المنطقية للتفويض -ولو لم تكن هي رئيس الجمهورية- حق فرض كافة الأعباء المالية -التي ليس لها خصائص الضريبة العامة- على ضوء الشروط والأوضاع التي اتصل التفويض بها وفق القانون الذي حددها. شأن التفويض المقرر بالفقرة الثانية من المادة ١١٩ المشار إليها في ذلك، شأن التفويض المقرر بنص المادة ٦٦ من الدستور؛ كلاهما نص خاص أورده الدستور، متضمناً تقييد العام، فلا يكون دائراً إلا في إطاره^(٢).

ثالثاً:

الضابط العام لكل من المادتين ٦٦ و ٢/١١٩ من الدستور

٤٠٤- وإذا تنقيد السلطة التنفيذية دوماً في مجال ممارستها لاختصاص فوض إليها، بشروط هذا التفويض وحدوده؛ وكان تقرير أثر رجعي للقواعد القانونية جميعها -مواء في ذلك ما تقرره

(١) "تسوية عليا للقضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية" -مشرورية- جلسة ٧ من فبراير ١٩٩٨ -قاعدة رقم ٨٦- ص ١١٩٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) Bowen, Secretary of Health and Human Services v. Georgetown University Hospital. Decided december 12, 1988.

السلطة التشريعية منها أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية- لا يجوز أن يفترض بالنظر إلى خطورة الآثار التي تحدثها الرجعية في محيط الملتق القانونية، وما يلابسها -في الأعم من الأحوال- من إخلال بالحقوق وباستقرار التعامل؛ وكان ذلك مؤداه أن كل تفويض يخول السلطة التنفيذية إصدار القواعد القانونية التي يقتضيها تنظيم موضوع معين، لا يجوز أن يفسر على نحو يمنحها الاختصاص بتقرير رجعيها دون سند من نصوص التفويض ذاتها، فقد صار لازماً لبطال الأثر الرجعي لنصوص قانونية أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض لا يخولها -بالنصوص- إلى تضمينها- هذا الاختصاص.

A statutory grant of legislative rulemaking authority will not, as a general matter, be understood to encompass the power to promulgate retroactive rules unless that power is conveyed by legislator in express terms.

الفصل الرابع والعشرون

شروط الفصل في دستورية النصوص القانونية

٤٠٥- وإذا كان إسناد المسائل الدستورية إلى جهة قضائية للفصل فيها، من الأمور بالغة الأهمية في التطور الديمقراطي لنظم الحكم في الدولة؛ فإن تحديد نطاق المسائل الدستورية التي يدخل الفصل فيها في ولاية هذه الجهة، لا يقل أهمية. ذلك أن كثيرين يتوهمون لمعارضة الدولة في سيادتها، ويسعون لمواجهتها على أسس دستورية، في كل قرار أو قانون يصدر عنها. ويتعين بالتالي أن تصوغ جهة الرقابة على الشرعية الدستورية القواعد التي تحدد على ضوءها الأشخاص الذين يحق لهم اللداعي أمامها، وبمراعاة أن موقعها من تطبيق هذه القواعد، قد يؤثرون بتطويرها للشرعية الدستورية، أو يدل على الانتكاس بها. ذلك أن الإنطراف في تقرير الصور التي تستبعد فيها الخصومة الدستورية من ولايتها، يقبض يدها عن كثير من حالاتها. كذلك، فإن إسرافها في تقرير أحوال قبولها قد ييسط رقابتها إلى حدود بعيدة، وكان منطقياً بالتالي أن تولزن الجهة القضائية بين ما ينجم من مضار عن إنكار حق المدعى في الحصول على ترصومة قضائية يستحقها^(١)، في إطار الخصومة الدستورية التي تخطط ملامحها السياسية بعناصرها القانونية؛ وبين الأضرار التي تنجم عن ضمانها لهذه الترصومة في غير موجباتها، لتتحل الخصومة الدستورية في كثير من تطبيقاتها -وبغير نص في القانون- إلى دعوى أصلية بعدم الدستورية.

ولئن جاز القول بأن الرقابة التي تباشرها الجهة القضائية فصلاً في دستورية النصوص القانونية، حذرة بطبيعتها، وأن اعتدال حدودها، يقتضيها الامتناع عن الفصل في المسائل الدستورية التي يكون بوسعها تجنبها؛ إلا أن القضاء المقارن أقام من خلال هذه القاعدة الكلية، جدراً فصل به بين المسائل الدستورية التي يجوز لجهة الرقابة بحثها، وتلك التي لا يجوز لها أن تخوض فيها. فلم يدخل هذه الجهة أن تفصل في مسائل سياسية لا خصومة دستورية تسم رفعها إليها قبل الأول، صلا الفصل فيها مجرداً من كل فائدة عملية، وكذلك إذا كان أطرافها قد لفقوها بالتدابير والتواطؤ فيما بينهم لتأخذ في ظاهرها وعلى خلاف حقيقتها شكل خصومة حقيقية أحتم النزاع فيما بين أطرافها حال أنها خصومة وهمية اصطنعوها.

(١) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 509 [1961].

والحق أن الخصومة في هذه الفروض جميعها يحيط بها أصل علم مؤداه انقضاء ضرورة الفصل في المسائل الدستورية المثارة فيها، فلا يكون لهذه الخصومة من ساق يقيمها، وهو ما يتحقق كذلك إذا لم يعد مثلاً في هذه الخصومة غير خصم واحد^(١).

(١) لو أن شخصاً قضى بتهمة الجنائية الموجهة إليه، فإن الحكم ألبت ببراءته يكون قد أخرج من الدعوى الجنائية، فلا تجوز إعادة محاكمته من جديد، وأو للفصل في مسائل قانونية. ذلك أن للدعوى الجنائية أن يكون مثلاً فيها غير طرف واحد، هو النيابة العامة. وإن يكون رأى المحكمة في هذه المسائل القانونية غير رأى استشاري.

المبحث الأول

خصائص الخصومة الدستورية

٤٠٦- لا يفصل قضاء الشرعية الدستورية، في غير خصومة يقيمها المدعى وفقاً للوضائع المقررة قانوناً. ذلك أن مراجعتهم للنصوص القانونية المطعون عليها لتقرير صحتها أو بطلانها، ليس عملاً منفصلاً عن الوظيفة القضائية، وإنما يدخل في صميم بنائها. ولكن كانت الوظيفة القضائية سلبية بطبيعتها؛ فإن ما يستتبعها ليس مطلقاً للخصومة القضائية. وإنما هي الخصومة التي يكون عنصر النزاع مائلاً فيها، بما يؤكد تضاد مصالح أطرافها، وتتأقضا بصورة حقيقية لا تخيلية Speculative.

وإفراغ هذه للمصالح -التي يجاذبها أطرافها- في شكل الخصومة القضائية التي يتناظر الخصماء فيها في موقفهم من الحقوق التي يطلبونها، مؤداه أنهم خصماء حقيقيون يتطاحنون من أجل إثباتها ونفيها، ويتكلمون في الدعائم التي يساند بها كل فريق وجهة النظر التي يقول بها^(١).

فلا يظهر هؤلاء وهؤلاء في الخصومة الدستورية، إلا غرماً تتضاد مصالحهم Adverse litigants، وتتفرق توجهاتهم، خاصة في المسائل الدستورية التي لا تقص جهة الرقابة على الدستورية فيها من منظور علوها على السلطتين التشريعية والتنفيذية؛ ولا من منطلق حق في الاعتراض A veto power مخول لها على مطلق تصرفاتهما؛ ولا بالفراض أنهما مسئولتان أمامها عن أفعالهما، وأنها تقتضيهما حساباً عنها. وإنما تقام الخصومة الدستورية أمامها فصلاً في الحقوق التي يقال بأن للنصوص القانونية المطعون عليها قد أهدرتها بالمخالفة للدستور.

فلا تكون الخصومة القضائية إلا طريقاً وحيداً للفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها، ومن خلال تنازع المصالح التي تتعلق هذه المسائل بها.

(١) شرط تنازع المصالح وتخالفها في الخصومة الدستورية، من الشروط المصم بها في القضاء المقارن. أنظر في ذلك:

Smith v. Indiana, 191 U.S. 130 (1903); Braxton County Court v. West Virginia, 208 U.S. 192 (1908); United States v. Johnson, 319 U.S. 302 (1943); Lonpass v. Bell, 180 U.S. 276 (1901).

ولا يجوز بالتالي أن تجرد الخصومة الدستورية من عنصر النزاع؛ ولا أن يكون الفصل فيها قد صار عقيماً؛ ولا أن يكون النزاع مختلفاً مدبراً؛ ولا أن تكون حلقاته لم تكتمل؛ ولا أن تتأبى المسائل التي يثيرها نزاع قائم مكتمل العناصر، على الفصل قضائياً فيها.

فكلما قام الدليل على أن نور المدعى في الخصومة الدستورية التي رفعها، كان ضئيلاً^(١)؛ أو كان قد توهم وأقعاتها؛ أو صورها على غير حقيقتها؛ أو كان قد جهل بالمسائل الدستورية موضوعها؛ أو كان من غير المتصور أن تتعلق بها ترضية قضائية أياً كان نوعها أو نطاقها؛ فإن الخصومة الدستورية في هذه الفروض جميعها، لا تتوافر أركانها.

ولا كذلك أن يكون أحد أطرافها -قد تعمد بعد استيفائها لشرائطها المقررة قانوناً- أن يطيل أمد النزاع؛ أو أن يكون قد بلّغ من جهته إلى اتخاذ الخطوة الأولى التي تستهض الفصل في المسائل الدستورية^(٢).

(١) United States v. Johnson 319 U.S. 302 (1943).

(٢) Evers v. Dwyer, 358 U.S. 202, 204 (1958).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن طالباً زنجياً كان مهنداً بالقبض عليه أو أنه جلس في المكان المخصص للبيض في إحدى الحافلات. غير أنه قبل مخاطرة القبض عليه، واتخذ احتياطياً -مكافئ في مقاعد البيض في الحافلة، لئلا يثير الخصومة الدستورية ويحركها.

المبحث الثاني

الخصومة المختلفة بالتكبير والتواطؤ Friendly or Collusive Suits

٤٠٧- والخصومة التي تعيننا في مجال الرقابة القضائية على الدستورية، هي الخصومة الحقيقية التي لا يصطنعها أطرافها، ختالا بقصد الإيهام بوجود نزاع غير قائم فعلا. فلا يكون موقفهم منها غير تافيق لها Feigned cases؛ بقصد الفصل في مسائل تخييرهم^(١) أو لإظهار سخطهم على المشرع لإقراره قانونا لا يرحبون به ولم يجز تطبيقه عليهم. ذلك أن جهة الرقابة القضائية لا تتصل قانونا إلا بخصومة حقيقية دافقة وحيوية A real, earnest and vital، تبلور حدة التنازع في الحقوق المدعى بها Antagonistic assertion of rights.

٤٠٨- ولا شأن لها بالتالي بمسائل جدلية يكون الفصل فيها قائما على التظنير والتلصيل؛ ولا بمناجزة السلطة التشريعية ولايتها لإتكارها بعض الحقوق الفردية التي ليس لهم بها من شأن. ذلك أن مناط اختصاص جهة الرقابة على الدستورية بالفصل في المسائل الدستورية، هو أن يحركها عدوان على الحقوق التي كفلها الدستور لأصحابها يحملهم على التذاعى طلبها في صورة جليزة، ومن خلال التناطح عليها مع السلطة التي جحدتها، وعن طريق الترضية القضائية التي يردون بها هذا العدوان، فلا تتوافق مصالح من يطلبونها ومن يعارضونها، ولا يكون نزاعها ممكنا.

وذلك هي الخصومة القضائية التي ينافيها أن يكون للنزاع فيها مدبرا بين أطرافها، ناجما عن تلاقيهم على الإيهام بوجوده، فلا يكون نزاعهم حول المسائل التي يطلبون الفصل فيها حقيقيا، بل منتحلا لتظهر الخصومة القضائية في صورة وهمية مجافية لحقيقتها، بما يعطيها غير ثوبها، ويجعلها -في واقعها- محض خصومة تحكمها للمودة بين أطرافها A Friendly Suit لا يجسوز قبولها^(٢).

(١) Lord v. veasie, 8 How (49 U.S.) 1850.

(٢) وليس بشرط لوصف الخصومة بأنها غير ودية، أن يكون الحياء الشديد قد استحكم بين أطرافها. Animosity إذ يكفي أن تتعارض مصالحهم وتتصامم في شأن الخصومة الدستورية المرفوعة.

٤٠٩- والحق أن شرط احتدام التنازع بين المصالح في الخصومة الدستورية، يتصل بتوافر المصلحة في اقتضاها. ولا يتحقق ذلك ما لم يكن لأطرافها مصلحة شخصية في محصلتها النهائية التي تمثل الفائدة العملية التي يتوقعون اجتئاءها منها، وهي فائدة لا شأن لها بطبيعية المسائل الدستورية المثارة فيها^(١). يؤيد ذلك أن جهة الرقابة القضائية على الدستورية لا تتولى غير رقابة محدودة على السلطين التشريعية والتنفيذية. وليس لها بالتالي أن تطلق العنان لولايتها بأن تفصل في خصومة دستورية في غير ضرورة، وإلا كان ذلك إخلالا بمبدأ الفصل بينها وبين هاتين السلطين. ومن ثم كان شرط المصلحة للشخصية محركا للخصومة الدستورية، ودالا على توافق شرائط الفصل فيها^(٢) بل إن اقتضاء هذا للشرط يمثل جوهر الرقابة على الدستورية باعتبار أن التحوط من القيود عليها^(٣) Prudential Restraints وإن تعين القول بأن تطبيق جهة الرقابة لهذا الشرط، يتردد بين التطبيق والاتساع.

(١) Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968).

(٢) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 750 (1984).

(٣) E.G., valley Forge Cristian College v. Americans United, 454 U.S. 464 (1982).

المبحث الثالث

الخصومة العقيمة Moot Cases

٤١٠- الأصل أن تتوافر المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى في الخصومة الدستورية ليس فقط وقت رفعها، وإنما يتعين أن تظل هذه المصلحة قائمة حتى الفصل فيها^(١) ذلك أن الخصومة الدستورية التي يجوز قبولها هي الخصومة القائمة والمستمرة Actual and ongoing case والتي يؤثر الفصل فيها في الخصومة التي يدعيها أطرافها، فلا تكون هذه الخصومة غير خصومة حقيقية تتعلق بمصالح جوهرية لا يفض الخلاف حولها إلا بإزالة حكم الدستور عليها. وهي بذلك لا تتناول واقعة فرضية. ولا بذلك يكفي بالتالي لقبول الخصومة الدستورية، أن يكون موضوعها حياً وقت رفعها. بل يتعين لجواز نظرها أن يظل هذا الموضوع متوجهاً حتى الفصل فيها. فإذا خبا وانطفأ في مرحلة من مراحلها بعد أن كان ملتهباً A live، دل ذلك على أن تغييراً طرأ على واقعتها أو على حكم القانون بشأنها^(٢)، وأن من شأن هذا التغيير ألا تبقى لرفعها مصلحة في اجتهاد الفاتدة العملية التي كان يتوقعها منها، لتصير الخصومة منقضية بعد زوال عنصر النزاع منها^(٣).

ومن ثم يفترض انقضاء الخصومة الدستورية في هذه الصورة، أن يصير الفصل فيها عقيماً غير منتج بالنظر إلى طروره أحداث عليها كان من أثر متابعتها من الناحية الزمنية؛ تجريدها من كل فائدة.

فالنزول عن حق الطعن في الحكم بعد نشوء هذا الحق، بمجرد خصومة الطعن من موضوعها فلا يبقى بعد هذا النزول شيء للفصل فيه.

وللتصالح في شأن الحقوق المتنازع عليها بعد طلبها من خلال الخصومة القضائية، يعتبر منهيها لها، وحللاً دون اقتضاها عن طريقها.

(١) E.g. Untied states v. Munsingwear, 340 U.S. (1950); Groliden v. Zwickler, 394 U.S. 103 (1969).

(٢) Hall v. Beals, 369 U.S. 45 (1969); Sanks v. Georgia, 401, U.S. 44 (1971).

(٣) Lewis v. Continental Bank Corp., 494 U.S. 472 (1990).

بما مؤداه أن الصورة التي تكون عليها الخصومة عند الفصل فيها هي التي تحدد مصيرها انتهاءً، ولا يكفي بالتالي أن تتوفر المصلحة الشخصية والمباشرة في المدعى في الخصومة الدستورية وقت رفعها، وإنما يتعين أن تظل كذلك حتى الفصل فيها^(١).

فإذا علق المشرع مباشرة المواطنين لحق الاقتراع في الدائرة الانتخابية التي يقومون فيها، على شرط إقامتهم بها المدة التي عينها، وكان شرط المدة متوافراً في بعضهم ومختلفاً في آخرين منهم، فإن خفض المشرع لهذه المدة بما يكفل توافرها في هذه الدائرة لأفراد هيئة الناخبين جميعهم، يعتبر منهيًا لهذه الخصومة.

فإذا أصدرت جهة الرقابة القضائية على موالة الفصل فيها، فإن ما يصدر عنها لا يعتبر حكماً في خصومة؛ بل رأياً استشارياً يتناولها من منظور مجرد، ولا يكفل غير مصلحة نظرية ببلورها مجرد بيان حكم الدستور في شأن المسائل الدستورية التي أثارها هذه الخصومة. وهو ما ينافي حقيقة أن الخصومة الدستورية التي يجوز الفصل قضائياً فيها، هي تلك التي يظل النزاع فيها قائماً ملتها، ومتصلاً بين أطرافها^(٢).

An actual ongoing dispute between the parties.

٤١١- يجب أن القاعدة التي تقضى بوجوب أن تبقى الخصومة الدستورية حية حتى وقت الفصل فيها، لا يجوز أن تؤخذ على إطلاقها. ذلك أن القضاء أجاز الخروج عليها في أحوال استثنائية وهي:

أولاً: أن الفصل في الخصومة الدستورية لا يعتبر عقماً، إذا كان ثمة أساس مقبول للقول بأن الأضرار التي رتبها النصوص المطعون عليها، قد تعود بعد انقطاعها، ليتعرض ثانية لهما المدعى في هذه الخصومة بما يؤكد رجحان تكرارها *Capable of repetition*؛ وبشرط أن تكون هذه الأضرار قصيرة مدتها إلى حد كبير، بحيث يستحيل الفصل نهائياً في الخصومة الدستورية قبل زوالها أو انقطاعها.

(١) Aetna life Ins. Co. v. Haworth, 300 U.S. 227 (1937).

(٢) Kremen v. Bartley, 431 U.S. 119. 128 (1977); See also, Muskrat v. United States, 219 U.S. 346 (1911); DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974); Honig v. Doe, 484 U.S. 305, 332 - 333 (1988).

If the challenged action was in its duration too short to be fully litigated prior to its cessation or expiration and if there was a reasonable expectation that the complaining party would be subjected to the same action again

فالمرأة التي تطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تمنعها من إجهاض نفسها، يفترض أن تكون حاملا عند رفعها لدعواها الدستورية . فإذا قيل بأن الحكم في دعواها هذه قد صار عقيما بعد ولادتها لطفلها قبل الفصل فيها، لكن ذلك إنكارا لحقيقة أن مدة الحمل لا تستطيل حتى الفصل نهائيا في دستورية النصوص القانونية المانعة من الإجهاض . فضلا عن أن احتمال حملها من جديد قائم دوما، فلا يعتبر حق المرأة في الإجهاض منقضا بولادة طفلها -حيا أو ميتا- إذ هو من الحقوق المتجددة في كل مرة يتم إخصابها فيها.

والقول بخير ذلك مؤداه أن تترىص حملا جديدا حتى تقبل دعواها الدستورية الثانية، التي إن يكون حظها بالنسبة إليها أوفر من حظها في دعواها الأولى، لأن حملها لابد أن ينتهي بولادة طفلها قبل الفصل في دعواها الثانية، فلا تتوافر لديها أية وسيلة ملائمة تصون من خلالها ما تراه من حق لها في إجهاض نفسها، لتتور المرأة الحامل في حلقة لا نهاية لها، ولا مخرج منها إلا إذا نظرنا إلى المرأة باعتبارها مهياة بطبيعتها لأن تحمل كلما جامعها رجل؛ وأن حملها بالتالي متجدد بالضرورة، لتقوم مصلحتها في الخصومة الدستورية بحملها الأول وحده، ولو صار هذا الحمل منتهيا. ذلك أن مضار النصوص القانونية التي حرمتها من حق الإجهاض، تظل باقية على تقييد أن مجرد احتمال وقوع حمل جديد، وتكراره بالتالي، يرد للخصومة الدستورية أنفسها، ويعيدها إلى الحياة^(١).

(١) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

ويلاحظ أن المرأة الحامل في هذه الدعوى كانت قد رفعت علم ١٩٧٠ دعواها الدستورية التي تطعن بها إلى دستورية تشريع لولاية الخاص بمنع الإجهاض. وقد فصلت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه الدعوى عام ١٩٧٣ أي بعد ثلاث سنوات من رفعها، كان الحمل خلالها قد اكتمل.

ولو أن شروط القول في جامعة، تميز بين طلبتها بالنظر إلى لونهن؛ وكان المدعى في الخصومة الدستورية -هو أسود اللون- قد طعن بمخالفة هذا التمييز للدستور؛ وكان المدعى في الرابع الأخير من السنة النهائية لدراسته بكلفة الحقوق بها وقت نظر دعواه أمام المحكمة العليا، فإن مصلحته في دعواه هذه تكون منتفية إذا كانت الجامعة قد تعهدت بأنها إن تلغى قيده بها ليا كانت نتيجة الفصل في دعواه هذه. ذلك أن هذا التعهد مؤداه أن يكمل دراسته بغض النظر عن مضمون قضاء المحكمة العليا في دعواه، وإن تلحقه بالتالي أية مضار يتصور أن يدفعها بها.

See De Funia v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974).

Capable of repetition, yet evading review.

ثانيها: أن يكون المدعى من أفراد طبقة بذاتها، كأن يكون محاميا أو طبيبا أو حرفيا ويدخل بذلك في عموم طبقة المحامين أو الأطباء، أو المهندسين أو الحرفيين.

وقد يكون المدعى كذلك أحد أفراد هيئة الناخبين ليصير واحدا من مجموعهم وداخلها في طبقتهم فإذا حدد المشرع لأفراد هذه الطبقة جميعهم، شروطا تنظم شأنًا من شأنهم فإن استيفاء المدعى في الخصومة الدستورية لهذه الشروط بعد رفعها، مع استمرار تخلفها في باقى من أفراد طبقته، لا يجعل دعواه منقضية^(١). ذلك أن المدعى يمثل أفراد طبقته في مجموعهم، إذ هو من بينهم ولا يحيط بهم، فلا يكون إلا ممثلا لهؤلاء الذين ينتمون إلى هذه الطبقة ذاتها، ولا زالوا مضارين من بقاء الشروط المطعون عليها لعدم استيفائهم لها، فلا يستبر نزاعهم مع هذه الشروط منتفيا، بل حيا وقائما، لإخلالها بالحقوق التي يطلبونها^(٢).

ثالثا: أن إلغاء المشرع للنصوص القانونية المطعون عليها بعد تطبيقها في شأن المدعى، لا يجعل دعواه الدستورية منتفية لحقتها.

ذلك أن الأضرار التي رتبها هذه النصوص في حقّه خلال فترة سريانها، لا يجوز إهمالها، بل يتعين إزالتها بأكملها. وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها، ولو كان الإجراء الذي نازع المدعى في الخصومة الدستورية في مطابقتها للدستور، عملا صادرا عن الجهة الإدارية. ذلك أن توقفها عن المضي فيه اختيارا Voluntary cessation، لا يحول دون الفصل في دستوريته، ما لم يقدم الدليل على انتفاء كل توقع معقول Reasonable expectation لتكراره^(٣). فإذا كان احتمال

(١) Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393, 399 (1975).

(٢) تسمى الدعوى في هذه الحالة بدعوى الطبقة Class action فلو أن المشرع تطلب من الناخب أن يكون مقبلا في دائرته الانتخابية مدة سنة على الأقل مثلا. وكان المدعى حين أقام دعواه الدستورية بلحا في هذا الشرط لم يستوف مدة الإقامة، ثم استوفها بعد رفعها، فإن دعواه لا تصير منقضية. ذلك أن غيره من أفراد هيئة الناخبين في هذه الدائرة لازالوا غير مستوفين لشرط الإقامة، وعلى المدعى - وهو يمثلهم ويعتبر نائباً عنهم بوصفه واحدا منهم - أن يستمر في دعواه، فلا يقضى بعدم قبولها.

Board of School commissioners v. Jacobs, 420 U.S. 128, 130 (1975).

(٣) United States Comm v. Geraghty, 445 U.S. 388 (1980).

عودتها إلى الإجراء أو القول بمخالفته للدستور بعد توقفها اختياراً عن المضي فيه، لازال قائماً، فإن الخصومة الدستورية التي تتلزع في دستورية هذا الإجراء، لا تنتقض^(١).

رابعاً: أن الخصومة الدستورية في المسائل الجنائية، لا تعتبر عقوبة ولو كان المدعى فيها قد نفذ الحكم الذي دأبه بالعقوبة الجنائية، كلما قام الدليل على أن لهذه العقوبة آثاراً جانبية تلازمها وتقلداتها Collateral consequence، إذ تظل للمدعى مصلحة محققة في إنهاء هذه الآثار التي يندرج تحتها حرمانه من مباشرة الحقوق السياسية أو من تقلد الوظائف العامة أو أن يكون مخالفاً، أو النظر إلى الجريمة التي دين بسببها كمسابقة في دعوى جنائية لاحقة^(٢).

خامساً: أن الخصومة لا تعتبر منتهية، ولو أبطل المشرع النصوص القانونية المطعون عليها بنصوص جديدة تحل محلها، كلما كان زوال النصوص القديمة مع الآثار التي رتبها وألعا بأثر مباشر. ذلك أن الأصل هو سريان القاعدة القانونية اعتباراً من وقت نفاذها وحتى إلغائها. فإذا أُلح المشرع محلها قاعدة جديدة، تحين تطبيقها اعتباراً من التاريخ المحدد لسريانها، وإهمال القاعدة القديمة من وقت إلغائها. فلا تتداخل القاعدتان الجديدة والقديمة في زمن تطبيقهما، ذلك أن لكل منهما مجالاً زمنياً لسريانها، فلا تتدرش الأضرار التي ألحقها النصوص القديمة بالمدعى في الخصومة الدستورية، خلال زمن العمل بها^(٣).

٤١٢- وسواء تعلق الأمر بانقضاء الخصومة الدستورية لزوال موضوعها، أو بامتناعها التي تقيد من إطلاقها، فإن الضرورة العملية هي التي توجهها، فلا تميل جهة الرقابة القضائية على

(١) United States V.W.T. Grant co., 345 U.S. 629 (1953); City of Los Angeles v. Lyons, 461 U.S. 95, 100- 01 (1983).

فلو كانت الشرطة تطالب مثلاً الأشخاص الذين يتعطلهم أو تقبض عليهم، فإن توقفها عن ممارستها هذه، لا يحول دون الفصل في دستوريته.

(٢) County of Los Angeles v. Davis 440 U.S. 625 (1979). Sibron v. New York , 392 U.S. 40,55 (1968); Benton v. Maryland, 395 U.S. 784, 790-791 (1969).

(٣) القضية رقم ٨ لسنة ١٨ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٢/٣ -قاعدة رقم ٢٣- من ٤٢٤ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، وكذلك القضية رقم ٤٧ لسنة ٣ ق "دستورية" -جلسة ١٩٨٣/٦/١١- من ١٣٧ من الجزء الثاني من مجموعة أحكامها.

ال دستورية إلى تقيد قاعدة انقضاء الخصومة الدستورية إذا كان هذا التقيد أن يكون مفيداً في توقي المنازعة من جديد في شأن الحقوق عينها المثارة في هذه الخصومة.

كذلك فإنه كلما اقترن إنكار حق المدعى في الخصومة الدستورية، بمخاطر باهظة يتحملها، فإن جهة الرقابة على الدستورية لا تحكم بانقضائها.

سليماً: كذلك يفترض شرط بقاء الخصومة الدستورية حية وقت الفصل فيها، ألا تنتظر جهة الرقابة على الدستورية في خصومة لا شأن لها بالحقوق المدعى فيها.

المبحث الرابع

الخصومة الافتراضية أو المجردة

Hypothetical case

٤١٣- لا يتحقق معنى الخصومة إلا إذا كان جوهرها نزاع محدد ومجسم و *Definite and concrete* شأن هذا النزاع شأن الخصومة التي يختلقها أطرافها، ويتوافقون على تدبيرها لإعطائها صورة لا تكل على حقيقتها.

ذلك أن الخصومة في هذه الصور لا تعد خصومة حقيقية، ولو كان موضوعها يؤثر مسائل بالغة الأهمية، أو كان لها من تماسكها وصلابتها ما يؤهل لبحثها وإصدار حكم فيها، أو من عمقها ما يفرضها بقوة على الأوضاع القائمة في بلد ما.

يؤيد ذلك أن قضاء الشريعة الدستورية لا يعنيه الفصل في خصومة دستورية لأغراض تتعلق بالتأصيل لأغراض أكاديمية يقتضيها النظر في العلوم وتعمق أغوارها. وليس من وظيفتهم كذلك إصدار أحكام لا تزيد قيمتها عن مجرد إعلان^(١) حكم الدستور في الهواء *A mere declaration in the air*. وهم لا يفصلون كذلك في طعون تتعلق بنصوص قانونية لم تلحق بالمدعين في الخصومة الدستورية -يصفهم للشخصية- أية مضار واقعية؛ ولا في نصوص قانونية لن تكل بأية حقوق يملكونها^(٢).

ولا يجوز بالتالي النظر في أية خصومة دستورية لا يجاوز هدفها مجرد تقرير حقائق علمية لا تثير غير اهتمام الباحثين في علم القانون، ولا في خصومة دستورية لم تلحق بالحقوق الشخصية للمدعين فيها أضراراً فعلية، سواء في ذلك ما يكون منها داهماً أو وشيكاً؛ قائماً أو مظلوناً على خطر الوجود؛ محققاً أو راجحاً؛ أنياً أو مستقبلاً. ذلك أن ولاية قضاء الشريعة الدستورية تنحصر في الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها خصومة حقيقية لا تتوافق فيها مصالح أطرافها، وإنما تنقسم بحجتها ويتضادها وتخالقها إلى حد الصدام بينها، بما يجعل أطرافها غرماً يتدابرون فيما قصدوه منها، ولا يتوافقون في أهدافهم بشأنها.

(١) *Giles v. Harris*. 189 U.S. 475, 486 (1903).

(٢) *Muskrat v. United States* 219 U.S. 346 (1911).

ولا تعتبر خصومة حقيقية، تلك التي يطرحها أفراد بقصد إنهاء شكوكهم حول دستورية بعض القوانين التي أقرتها السلطة التشريعية A certain class of legislation إذا لم يكن لهذه القوانين من شأن حقوق شخصية يدعونها، ويناجزون خصومهم في سعيهم لطلبها وتوكيدها.

٤١٤- وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا

>حيثما شرط المصلحة الشخصية المباشرة، أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة.

وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة، ويرسم تخوم ولائها. فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيه، بما مؤداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء لكن هذا الضرر قد وقع فجلاً أم كان وشيكاً يهددهم. ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تحديده ومواجهته بالتراضية للقضائية لتسويته، علاندا في مصنوه إلى النص المطعون عليه.

فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على أن من ادعى مخالفته للدستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أقام من مزايده، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء مصلحته الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، لن يحقق للمدعي أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها.

ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشؤون التي تطعيم بوجه عام، ولا أن تكون نافذة يعرضون منها ألواناً من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها. وإنما تباشر المحكمة الدستورية العليا ولائها -التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرمتهم وحياتهم وأموالهم- بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر و بصيرة، فلا تقبل عليها اندفاعاً، ولا تعرض عنها

تراخيا، ولا تقتحم بممارستها حدودا تقع في دائرة عمل الملمطين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملاذا أخيرا ونهائيا، وأن تكون وجودا وعدما مع تلك الأضرار التي تستقل بعناصرها، ويكون ممكنا إدراكها، لتكون لها ذاتيتها. ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهما أو منتحلا أو مجردا in abstracto أو يقوم على الافتراض أو التخمين Conjectural.

ولازم ذلك، أن يقوم الدليل جليا على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وألا يؤمن المدعى بدعواه الدستورية -وأكصل عام- حقوق الآخرين ومصالحهم بل ليكفل أصلا إنفاذ تلك الحقوق التي تعود فائدة صونها عليه In Concreto^(١).

(١) "دستورية عليا" للقضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" -جلسة ٣ يوليه ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢ - ص ٥٠-٥٢ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية ألمانيا.

المبحث الخامس

الخصومة التي لم يكتمل نضجها

Unripe cases

٤١٥- وكما أن شرط المصلحة الشخصية والمباشرة يبين من يجوز أن يقدم الخصومة الدستورية Who may bring the case فإن شرط رفعها في أولها يحدد كذلك وقت طرحها على جهة الرقابة القضائية When case may be brought. ولا يجوز بالتالي لأية خصومة أن تستعقب أو أن الفصل فيها. وكما أن الجهة للقضائية لا يجوز أن تقدم مشورتها لأحد في شأن المسائل التي تطرح عليها لأخذ رأيها فيها على أساس أن ولايتها تنحصر في الفصل في كل خصومة قضائية توافرت شروط اتصالها بها وفقا لقلونها، لتصدر فيها حكما لا ينتقض، فإن منعها من الفصل في مسائل لم يكتمل نضجها Premature Questions، مردد أن مثل هذه الخصومة لن يكون لها من أثر على حق أو التزام لرفعها.

ويتعين بالتالي -وكشرط مبدئي للفصل في الخصومة الدستورية- أن تستكمل هذه الخصومة عناصر النزاع المثار فيها، لئلا اجتماع هذه العناصر على أن هذا النزاع ليس متوهما ولا منحلًا، وإنما يمثل خصومة محتكمة بين أطرافها. فلا يكون توقفت عرض الخصومة على الجهة القضائية غير تحديد لما إذا كان الفصل فيها مواتيا^(١) The Fitness of the Issues for Judicial Determination. أو أن نضجها لم يتهيا بعد. شأن الخصومة القضائية في ذلك شأن الشار التي لا يأكلها أحد قبل أن يحين نضجها^(٢)

Litigation is like fruit which must not be picked until it has ripened.

ومن ثم لا تتحدد الصورة الكاملة لعناصر النزاع في الخصومة القضائية إلا على ضوء زمن رفعها، سواء كان مرور الزمن ضروريا لتحديد اكتمال عناصر النزاع أو تخلفها، أو لتحديد حدة التناقض التي بلغت.

ويتعين على ضوء هذه المفاهيم أن نقرر أن الخصومة الدستورية التي يجوز للفصل قضائيا فيها هي التي تطرح عدوانا حكوميا فعليا على حق أو حرية كفلها الدستور إذا كان المدعى قد

(١) يقصد بالخصومة القضائية تلك الادعاءات التي يطرحها المتقاضون أمام المحكمة للفصل فيها وفق الإجراءات التي يبينها القانون أو المتعارف عليها من أجل إيفاء الحقوق المدعى بها أو لرد العدوان عليها.

In re Pacific Railway Comm., 32 Fed. 241 (C.C. Cal. 1883)

(٢) Public Serv. Comm., n v. Wycoff Co., 344 U.S 237 (1952).

أضيق من جراء هذا العدوان. فإذا قام موضوع الخصومة الدستورية على احتمال وقوع هذا العدوان، فإن القول به يكون فرضاً جنلياً قد لا يتحقق على الإطلاق *A hypothetical operation of a government act, that has not yet had actual impact on private rights and obligations* ولأن جهة الرقابة القضائية لا تفصل في المسائل الدستورية ما لم يكن ذلك ضرورياً لأبعد حد، فإن عليها ألا تفصل في خصومة لم يحن أولن رفعها سواء لتعلقها بمسائل مجردة أو غير محددة بصورة كافية، أو بأحداث مستقبلية قد لا تتحقق بالصورة المتوقعة لها، أو قد لا تتحقق على الإطلاق.

ويتعين بالتالي التركيز على طبيعة المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية للنظر في موانئ الفصل فيها. فما يكون منها بعيد الاحتمال *Too remote*، أو قائماً على محض الصدفة *Too contingent*، أو على فروض جنلية يعرضها أصحابها في صورة مجردة *Too hypothetical for adjudication* مؤداة أن الخصومة التي تطرحها تستيق أولن الفصل فيها. ويتعين دوماً أن ننظر في اكتمال بنیان الخصومة، إلى كافة ملامحها، وليس إلى بعضها دون بعض.

فقد يتعلق الطعن بعدد من النصوص القانونية يكون الفصل في بعضها فقط مواتياً. وعندئذ تقتصر الخصومة عليها. فما أضرب من هذه النصوص بحق أو بمصلحة للطاعن يجوز الفصل فيه. وما كان من هذه النصوص غير مؤثر في هذا الحق أو تلك المصلحة، فإن الفصل في دستوريته يكون محظوراً^(١).

وتتخذ جهة الرقابة القضائية على الدستورية بشرط أولن الخصومة حتى في مجال انتقالها لنوع الترضية القضائية التي توفرها لرافعها. فلو أن أشخاصاً كان قد قبض عليهم ثم أطلق مراحهم، فإن الخصومة التي يرفعونها لتوقي احتمال القبض عليهم من جديد، تكون قبل أوانها، ولا يجوز قبولها لتعلقها بتصور مستقبلي يقوم على التخيل^(٢) *Speculative future harm*.

كذلك فإن للنصوص القانونية التي يتحدد على ضوءها ما إذا كان شخص معين يعتبر مختلفاً عقلياً، لا يجوز الطعن بمخالفاتها للدستور قبل بدء تطبيقها في حقه. وكذلك الأمر في شأن كل ضرر يكون تصورياً *Speculative*.

(١) *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Bd.*, 367 U.S. 1, (1961).

(٢) *O'Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488 (1974).

ولو أدّين شخص بأكثر من عقوبة عن جريمة ما، وكانت إحداها تناقض الدستور، فإنّ الطعن عليها يكون مقبولا، ولو كان المحكوم عليه مودعا في أحد السجون لتنفيذ العقوبة التي لا نزاع في دستورتها.

ويتعين بالتالي القول باستواء الخصومة الدستورية على قدميها، ورفعها بالتالي في أولها، أن تذل النصوص المطعون عليها -بأثرها- على تدخلها فعلا في شأن يخص رافعها Actual Interference.

فإن لم يكن من شأن النصوص المطعون عليها تحقيق هذا الأثر، فإن الحكم الصادر فيها لن يتعلق بغير مسائل مجردة في طبيعتها، وإن اتصل بالتالي بحقوق يطلبها أفرادها كأثر مباشر لإخلال النصوص المطعون عليها بها.

يؤيد هذا النظر أن قضاء للشرعية الدستورية لا يباشرون وظيفتهم القضائية، إلا من خلال خصومة قضائية تحدد موضوعها بصورة جلية لا خفاء فيها، وتتخا رد عنوان على حق أو حرية ظاهرة أبعادها، فلا يكون الإخلال بالحق أو بالحرية تصورا نظريا أو توقعا فرضيا، بل تدخل قائما في هذا الحق أو تلك الحرية بما يخل بصورة فعلية بمصالح أصحابها.

ودون ذلك لا تقبل الخصومة بين أطرافها ما شجر بينهم من نزاع حقيقي، وإنما تكون واقعاتها غير متطورة بدرجة كافية في مواجهة أطرافها، ونطاق المسائل التي تطرحها ليسوبها للتجهيل بالنظر إلى قصور مكوناتها، أو تغيلها أو توقعها في صورة مجردة، فلا يكون ميلاد الخصومة مكتملا بها Not fully born.

ويظل الأصل في كل خصومة قضائية أن يكون لها من نضجها ما يؤهل للفصل فيها. ذلك أن كل خصومة تفترض الجزم بواقعاتها، وب نطاق المسائل التي تطرحها للفصل فيها، وتطيقها بالضرورة بعنوان قائم على أحد الحقوق التي يكفلها الدستور.

فإذا لم يكن ثمة إخلال بها، وإنما كان التدخل في شؤون رافعها بالعمل أو الإجراء المطعون عليه، تصورا يقوم على التخيل، أو يتوخى موجهة مجرد لإحباط أو تروم أو ارتعاش من طبيعة شخصية Subjective Chill فإن الفصل في دستورية هذا العمل أو الإجراء لا يكون مقبولا، ولا

دالا على مخاطر فعلية تضر بالحق المدعى به كأثر للتدخل بالعمل أو بالإجراء في نطاقه ولو اقتصر المدعى على أن يطلب من قضاء الشريعة الدستورية أن يصبغوا حكماً تقريرياً *A declaratory judgment* في شأن الحقوق المتنازع عليها يثبتها لأحد الخصمين دون الآخر. ذلك أن الأحكام التقريرية، وإن جاز تشبيهها بالأراء الاستشارية من جهة عدم جواز تنفيذها جبراً، إلا أن هذه الأحكام تشارك تلك الآراء في تعلقها بخصومة فعلية تتناقض من خلالها مصالح أطرافها، لتصم الحقوق المتنازع فيها بينهم^(١)، ولا يتصور بالتالي أن تصدر تلك الأحكام في خصومة فرضية لا شأن لها بنزاع استحكم بين أطرافها.

وفي مجال الفصل فيما إذا كانت الخصومة الدستورية قائمة على عناصر مكتملة، أم أن أول الفصل فيها لم يحن بعد، يتعين التمييز بين نصوص قانونية نافذة بذاتها *Self- executing Provisions*، وبين نصوص قانونية لا تدخل بحقوق المخاطبين بها قبل تطبيقها في حقهم.

ذلك أن النصوص للقانونية النافذة بذاتها، هي التي يكون مجرد سريانها كافلاً لإجراء آثار تناقض مصالح المخاطبين بها *Adverse effect* ولو لم يجر تطبيقها في حقهم. وهو ما يتحقق في النصوص التي تأمر المخاطبين بها بإداء أفعال تعينها أو الامتناع عن أفعال تتهاهم عن القيام بها، وإلا حق عليهم الجزاء المقرر بها عن مخالفة أوامرها ونواهيها. ذلك أن مجرد إقرار المشرع لهذا النوع من النصوص يرتد سلباً على حقوق المخاطبين والتزاماتهم من خلال المخاطر الدائمة التي تصيبهم إذا لم يمتثلوا لها. فالنصوص للجنائية تؤثّم الأفعال أو صور الامتناع التي حدتها. والمخالفون لها يعاقبون جنائياً عن كل فعل أو امتناع لا يتقيد بحكمها. ومثل هذه النصوص يجوز الطعن عليها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيقها في حق أحد من المخاطبين بها. ذلك أن مجرد وجود هذه النصوص وشخصها في مواجهتهم يلحق بهم ألدخ المخاطر التي تتنبأ من حقوقهم وحريتهم. ولا يتصور بالتالي أن يتريص هؤلاء توجيه اتهام إليهم بالخروج عليها، وارتكابهم بالتالي لجريمة منعه المشرع من الإقدام عليها، حتى تقبل الخصومة الدستورية التي يجحدون بها دستورية هذه النصوص^(٢).

(١) Norman Redlich- Bernard Schwartz and John Attanasio; "Understanding Constitutional Law, 1995, p. 23 .

(٢) *Euclid v. Ambler Realty Co.* 272 U.S. 365 (1926); *Pierce v. Society of Sisters* 268 U.S. 510 (1925).

وحتى النصوص الجنائية التي لم يجر تطبيقها في حق المخاطبين بها لعدد استغلال زمنها
Desuetude، يجوز الطعن عليها بمخالفتها للدستور^(١)

كذلك فإن القيود التي يفرضها المشرع على الملكية، والتي تحمل أصحابها أعباء اقتصادية
باهظة تكلفتها، يجوز الاستباق إلى دفعها من خلال الخصومة الدستورية، ولو لم يجر تطبيق هذه
القيود في شأن رافعها^(٢).

وإذا صدر قانون يفرض عقوبة جنائية على أولياء أمور الطلبة الذين لا يلتحقون أبناءهم
بالتعليم العام، فإن من شأن مريان هذا القانون، أن ينطلق للتطيم الخاص أمام الأبناء، وأن تطلق
معاهد هذا للتعليم أولياءها في وجههم، فلا يلجأ أحد منهم^(٣).

ومن ثم يكون مجرد صدور هذا القانون منطقياً على مخاطر لا يستهان بها يتهدد بسببها
القائمون على شئون التطيم الخاص. وهي مخاطر لا ينفعوها إلا من خلال الخصومة الدستورية
يرفعونها لإنهاء وجود ذلك القانون، خاصة وأنهم يظنون مهدين بالعقوبة التي يفرضها، ولو لم
يصدر في شأنهم اتهام جنائي. ولا يجوز القول بالتالي بأن صدور هذا الاتهام يعتبر شرطاً مبدئياً
لقول الخصومة الدستورية التي يسعى من خلالها إلى إبطال النصوص القانونية التي ألزمتهم
بالحاق أبنائهم بالتعليم العام؛ إذ لو جاز ذلك، لكان عليهم تريض الدعوى الجنائية وترقبها، حتى
إذا داهمتهم، طرحوا مناعتهم على هذه النصوص أثناء نظر الدعوى الجنائية -وكندفاع فيها-
وهو ما لا يتصور تكليفهم به.

ذلك أن تحوطهم لحقوقهم التي كفلها الدستور، يتقدم ترقيبهم الإخلال بها. ويتعين بالتالي على
جهة الرقابة على الدستورية أن تتعامل مع نصوص القانون المشار إليه باعتبارها نافذة من وقت
صدورها، ولو لم يصدر اتهام جنائي في شأن الذين تبسهم هذه النصوص^(٤).

(١) Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97 (1968).

(٢) Euclid v. Ambler Realty Co., 272 U.S. 365 (1926).

(٣) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

(٤) Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908); Backard v. Banton, 264 U.S. 140 (1924); Poe v. Ullman, 367 U.S. 497, 528 (1961).

وعليها بالتالي أن تنظر إلى الخصومة الدستورية -في الصور التي أسلفنا بيانها- بافتراض نضجها وتكامل عناصرها. ذلك أن من غير الحل ومما يجافي المنطق كذلك، حمل الأشخاص الذين أثار قانون ما في حقوقهم والتزاماتهم، على مخالفة هذا القانون، والتعرض للعقوبة التي فرضها كشرط للجوءهم إلى جهة الرقابة على الدستورية، للحصول منها على حكم ببطلان هذا القانون.

إن لو قيل بذلك، لصار شرط قبول الطعن بعدم دستورية قانون قضى بعزل المعلمين الذين يهاضمون الدولة بأعمالهم، هو ارتكابهم الأعمال التي حظرها؛ ولكن عليهم الخيار بين الخضوع لأحكامه، أو تحمل الجزاء على مخالفتها. بما يوقعهم في حرج لا يرد عنهم إلا بالخصومة الدستورية التي يرفعونها بمجرد صدور هذا القانون^(١).

٤١٦- وتظل الخصومة الدستورية متوافرة عناصر نضجها التي تتكامل بها مسوية على قدميها، ولو كان موضوعها الفصل في دستورية قانون يحظر على المدرسين -بالعقوبة- التي فرضها -تكريس مادة بذاتها؛ ولو كان هذا القانون قد ظل مهملًا مدة طال زمنها؛ وكان ثابتًا كذلك أن اتهامها لم يوجه إلى المخاطبين بهذا القانون. ذلك أن القوانين الجنائية تشترع سفيها في وجه المخالفين لها كلما قرر للمدعى العام تطبيقها من خلال اتهام جنائي يوجهه إلى العصاة. فلا يفصل بين حرياتهم من جهة وتقييدها من جهة ثانية، غير نزوة المدعى العام التي لا يجوز معها

(١) ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية كان لها قضاء مختلف، فقد عرضت عليها قضية كيهان موضوعها أن قانونا صدر في شأن موظفي الدولة يمنهم من الاختراط في الأعمال أو الحاصلات السببية تحت طائلة الجزاء الجنائي. وقد أعلن المخاطبون بهذا القانون، عن عزمهم على القيام بالأعمال التي حظر المشرع عليهم ارتكابها، إلا أنهم لم يفصحوا عن طبيعة الأعمال التي يلون القيام بها، أو نوع الآراء التي يريدون إعلانها لدعم موقفهم، ووسائلهم إلى تنفيذ أغراضهم، بالرغم من أن الخصومة الدستورية التي رفعوها، كان هدفها أن تصدر المحكمة أمرا An injunction يمنع الجهة المختصة بتنفيذ هذا القانون، من فرضه عليهم. وقد انتهت المحكمة العليا إلى أن الأوراق لا تكل على أن المدعين في الخصومة الدستورية قد أجلسوا بذلك القانون، وأن دعوام بالتالي لا تزيد عن طلبهم آراء استشارية منها في مسائل من طبيعة مجردة، فلا تنافر الضرورة التي تقتضيها الفصل في المسائل الدستورية المثارة.

United Public workers v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947); Alder v. Board of Education, 342 U.S. 484 (1952)

القول بأن القوانين الجنائية التي لم يجر تطبيقها، لا تمثل غير مخاطر يتوهمها الخاضعون لأحكامها.

ومن الفقهاء من يقرر بأن النصوص النافذة بذاتها، لا تنحصر في النصوص الجنائية. وإنما تتوافر هذه الصفة كذلك في غير هذه النصوص إذا كان من شأنها التأثير مباشرة في حقوق الأفراد وحرياتهم الخاصة Immediate consequences upon private rights and obligations. بما يرتد سلباً عليها، مدنياً كان هذا القانون أم جنائياً^(١).

٤١٧- وقد تتحدد عناصر الخصومة الدستورية. فإذا كان نضجها مكتملاً في أحد عناصرها أو بعضها دون غيرها، فإن هذه العناصر وحدها هي التي تصدّد ملاح الخصومة الدستورية التي يجوز النظر في قبولها، إذا كان شرط وحدة موضوع الخصومة الدستورية لا يخل نتيجة فصل العناصر التي اكتمل نضجها عن سواها من عناصر هذه الخصومة.

وقد تتعلق المسائل الدستورية التي تثيرها الخصومة الدستورية، بأكثر من نص قانوني. فإذا كان الطعن في إحداها مقبولا بالنظر إلى اكتمال عناصر الخصومة القضائية بالنسبة إليه، فإن باقيها لا يعتبر كذلك تبعاً أو بالضرورة. ذلك أن الأصل في الترضية القضائية، هو تعلقها بأضرار قام الدليل عليها. ولا محل بالتالي لتقرير ترضية قضائية قبل أولائها، كذلك التي تتوخى مواجهة أضراراً مستقبلية تخيلية^(٢) Prevention of speculative future harm.

وقد لا تكتمل للخصومة الدستورية ملامحها إلا بتحقيق واقعة معينة تعطى حيويتها، وتنهى بها ضوابط الفصل فيها.

فالذين يقولون بأن تدخل الحكومة في ملكيتهم آل إلى أخذها منهم دون تعريض، لا تقبل الخصومة الدستورية منهم، إلا بعد استفادهم لكل الطرق المفتوحة أمامهم للحصول على هذا التعويض^(٣).

(١) Norman Redlich; Bernard Schwartz; John Attanasio, "Understanding Constitutional law", 1995, pp. 24-28

(٢) O' shea v. Littleton, 414 U.S. 488 (1974).

(٣) Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984).

ومع ذلك إذا كان أخذ ملكيتهم لغير مصلحة عامة، فإن الخصومة الدستورية تكبل منهم دون حاجة للخصم في استحقاق التعويض أو تحديد مقداره.

وقد يكون من المحقق حدوث الواقعة التي يرتبط بها الضرر المدعى به. ومع ذلك قد ترجى جهة الرقابة القضائية على الدستورية الفصل في الخصومة الدستورية حتى تمتين بصورة أفضل ملامح هذا الضرر في زمن لاحق^(١).

ويوجه عام، كلما كان الضرر قائما على مجرد احتمال قد يقع في المستقبل البعيد، *A mere possibility in remote future* فإن الطعن على النصوص للقانونية المدعى تعلق هذا الضرر بها، يكون مستيقنا أو إن الفصل فيها.

ذلك أن من غير الجائز الفصل في المسائل الدستورية قبيل أن تتحقق الآثار العسلبية للنصوص القانونية المطعون عليها، والتي يضار الطاعن بها. ومجرد تصور هذه الأضرار، أو حتى توقعها ليس كافيا، باعتبار أن سلطة الفصل في دستورية النصوص القانونية لا تجوز مباشرتها قبل وقوع تدخل فعلي يخل بالحقوق التي يدعيها أطرافها. فإذا لم يكن ثمة تدخل أصلا، أو كان القول بوجوده تحزريا، أو كانت الأضرار المدعى بأن للتدخل قد رتبها، محددة تحديدا عاما بما يجعل بحقيقتها، وينسبها إلى من يدعون أنها أصابهم في مصالحهم، فإن الخصومة تكون منخدة قبل أوانها. ذلك أن الأضرار التي يدعونها تبلور صعوبة *Hardship* يطمعون في دفعها. فلا يكون بيان ماهيتها بما يزيل كل غموض حولها ويؤكد ذاتيتها، إلا ضرورة يقتضيها الفصل في دستورية النصوص المطعون عليها.

كذلك فإن المسائل الدستورية التي يطرحها الطعن على هذه النصوص، ينبغي عرضها بما يجاها، ويكمل اتساقها مع عناصر الخصومة الدستورية المحددة لموضوعها *Fitness of the Issues*.

يؤكد هذا النظر أن النصوص القانونية لا تتلصق الدستور في كل تطبيقاتها، وإنما ينحصر الطعن على جوانبها التي أضير الطاعن منها. فلا يكون تصويبها إلا من خلال خصومة دستورية

(١) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568 – 581 [1985].

لا تتحد وقائعها، ولا المصالح الماثرة فيها، مع غيرها. وإنما يكون لوقائعها ذاتيتها، ولنوع المصالح المراد حمايتها بها خصائصها، فلا يكون بيانها وإيضاحها -سواء في طبيعتها أو أبعادها- خافيا.

على أن واقعية المضار التي تنتجها النصوص المطعون عليها، والتي لا تقوم الخصومة الدستورية في ألوانها بدولها، لا يعني مثولها وحلولها بعناصرها جميعا، وإنما يكفي أن تكون مخاطر حدوثها حقيقية.

وقد تكون المسائل الدستورية الماثرة من خلال هذه الخصومة من طبيعة قانونية صرفه Purely Legal، فلا تطورها أو من عناصرها أية واقعة مادية مستقبالية^(١).

وقد تكون الطبيعة القانونية هي الغالبة في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية Predominantly Legal فلا يكون إرجاء الفصل فيها حتى تتطور عناصرها الواقعية، ضرورياً، ولو كان أكثر فائدة^(٢). ولئن كان الأصل في الخصومة الدستورية أن يرتبط نضجها بعامل الزمن؛ وكان تكامل ملامحها قد يتحقق في بنائها، إلا أن أحداثاً لاحقة قد تعمق النزاع المطروح فيها وتزيده حدة؛ وقد تنهيه في بعض جوانبه، أو بصورة كاملة، فلا يكون للفصل في المسائل الدستورية في زمن لاحق، إلا ضرورة يقتضيها أن تنهيا للخصومة الدستورية أسبابها التي تحتم الفصل فيها.

وينبغي أن يلاحظ أن إرجاء الفصل في الخصومة الدستورية، قد يعرض رافعها لمخاطر لها شأنها، وبقدر حدتها ومدائها، تقرر جهة الرقابة على الدستورية ضرورة الفصل فيها، أو التراخي في نظرها^(٣).

(١) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co., 473 U.S. 568, 581 (1985).

(٢) Pacific Gas and Elec. Co. v. State Energy Resources Conservation and Development, 461 U.S. 190, 201 (1983).

ويلفت أن الفصل فيما إذا كانت المسائل المطروحة في الخصومة الدستورية من طبيعة قانونية صرفة أو تغلب عليها الطبيعة القانونية من المسائل الخلافية.

See Scharpf, "Judicial Review and the Political Question: A functional Analysis," 75 Yale law journal, 517, 531-33 (1966).

(٣) Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714 (1986).

وفي الأنظم الفيدرالية، تحرم المحكمة العليا الفيدرالية، على إيجاد نوع من التجانس في علاقاتها بمحاكم الولايات الأعضاء في الاتحاد. فلا تفصل في دستورية نصوص قانونية مطعون عليها أمامها، قبل أن تقول محكمة الولاية كلمتها في شأن اتفاقها أو اختلافها مع الدستور. ذلك أن محكمة الولاية قد تعسر النصوص للقانونية المطعون عليها بما يوفقها مع الدستور، فلا تقوم ثمة حاجة من بعد لعرضها مرة ثانية على المحكمة العليا الفيدرالية، ما لم تكن مخالفتها للدستور ظاهرة من وجهها On its Face، بما يلزم المحكمة الفيدرالية العليا عندئذ بالفصل في دستورتها دون أن تترقب قضاء محكمة الولاية في شأنها^(١).

(١) Zwickler v. Koota, 389 U.S. 241. (1967).

المبحث السادس

انتقاء مفهوم الخصومة في مجال الآراء الاستشارية

Advisory Opinions

٤١٨- لا تتغيا الخصومة للقضائية غير الفصل في الحقوق موضوعها بقضاء قطعي يكون منها لها وعلى الأكل في بعض جوانبها.

فلا يدخل في مفهوم الخصومة القضائية، الدعوة التي توجهها السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، طلبا لرأيها في المسائل التي تعرضها إحداهما عليها، وذلك أيا كان قدر أهمية النزاع المطروح عليها أو نوع المصالح التي يتصل بها.

ذلك أن مثل هذه الدعوة، لا تعدو أن تكون طلبا للفيا في مسائل بذواتها. وقد يكون لهذه المسائل من تعقدها واتساعها وغموض جوانبها ما يدعو السلطة التنفيذية أو التشريعية إلى التردد في اتخاذ قرار فيها حتى تعرضها على جهة قضائية محايدة، لها من وزنها وعق اجتهاداتها في المسائل التي تطرح عليها، ما يدعو إلى احترامها والقبول برأيها في المسائل التي تناوشتها بإفتائها، وبمراجعة أن الآراء التي تبديها هذه الجهة القضائية المحايدة -في المسائل التي تطرح عليها- لا تعتبر حكما صادرا في خصومة، بل محض آراء لا تتوافر لها قوة اليقين القضائي، ولا تصدر إلا في مسائل مجردة بطبيعتها، ولا يفترض أن يتطرق موضوعها بأشخاص تتكاح مصالحهم أو تتفرق اتجاهاتهم.

ولا لختصاص لجهة الرقابة على الدستورية بإبداء هذه الآراء ذات الطبيعة الاستشارية. ذلك أن ولايتها تنحصر في الفصل في الخصومة للقضائية التي تتصلب بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها قانونا. ومن ثم يكون لإدلوها لهذه الآراء انحرافا منها عن حدود ولايتها^(١).

(١) أنظر في ذلك الرسالة التي بعثها رئيس الجمهورية جورج واشنطن والتي طلب منها من رئيس المحكمة الدستورية العليا الولايات المتحدة Jay نصير مبادئ وقوانين الولايات المتحدة التي تتطرق بمسائل القانون الدولي الناشئ عن حروب الثورة الفرنسية. وقد رفض رئيس المحكمة إجابته إلى طلبه

Correspondence and public papers of jahon joy, H.johnston rd. (New York : (1893)486-489).

ذلك أن الخصومة القضائية التي تختص بنظرها، لا تتحدد وقائعها، ولا نطاق الحقوق المتنازع عليها، بعمل منفرد من أحد أطرافها. وإنما تفصل الجهة القضائية في الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها والتي يطرحونها بصورة جادة تكل على تكلض مصالحهم بشأنها فلا تفصل الجهة القضائية في غير الخصومة Antagonistic claims actively presses^(١).

كذلك فإن مودى الوظيفة القضائية التي تباشرها جهة الرقابة على الدستورية، أن تفصل هذه الجهة علائقية في المسائل التي تتناولها الخصومة القضائية، وفي ضوء من تكافؤ أطرافها في أسلحتهم، ومواجهتهم لبعض في دفاعهم وعرض أدلتهم؛ فلا يكون الفصل في الحقوق التي تتناولها الخصومة للقضائية ولقعا وراء جدران لحكم إغلاق أبوابها، ولا من زاوية وجهة نظر منفردة تخص أحد أطرافها دون غيره.

ولا كذلك الآراء الاستشارية التي تبديها الجهة القضائية Extra Judicial Advice. ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية التي تطلبها، هي التي تسلط الضوء على المسائل موضوعها؛ وهي تعرضها بالطريقة التي تراها؛ وقد تعتمد إلى إخفاء بعض عناصرها أو تحورها حتى تصدر هذه الآراء بما يوافق وجهة النظر التي تدعيها، وبما ينفي حقيقتها في عرضها لأبعاد هذه المسائل التي تتلون بأهوائها، وتوجهها مصالحها. وهي بذلك لا تعطي لتلك المسائل حقيقة ثوبها؛ لكنها تشكل قسما منها في الصورة التي تريدها لها. فلا تعبر الآراء التي تبديها جهة الرقابة على الدستورية في شأنها، عن صحيح حكم القانون. وإنما تكون آراء مظلومة في وقائعها، وفي النصوص القانونية التي تحكمها. فضلا عن إيدائها لهذه الآراء بطريقة غير قضائية، وفي نطاق لا يتصل بأداء الوظيفة القضائية.

كذلك فإن استقلال جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن السلطين التشريعية والتنفيذية، ينافيه أن يكون القبول بالآراء التي تبديها هذه الجهة -حتى وإن جاز لها إيدائها- معلقا على موافقة السلطة التي طلبتها. وتعتبر هذه الآراء كذلك تقريرا لحكم القانون في مسائل لم تطرح على

(١)Alabama State Fed'm. of Labor v. McAdory, 325 U.S. 450,461 (1945); United States v.Evans, 213 U.S. 297, 300 (1909); Muskrat v. United States, 219 U.S. 346, 362 (1911).

الجهة القضائية بصورة قاطعة تحيط بكافة مكوناتها، ولا بالأوجه المختلفة لملامحتها التي لا يكسفها غير تنازع المصالح وتطاحناتها من خلال الخصومة الدستورية^(١).

فضلا عن أن إرهاب جهة الرقابة على الدستورية بالأراء التي تبديها في غير خصومة، يزيد من أعبائها، وقد بصرفها عن مهامها الأصلية، وقد يشوه عملها ويظهره في صورة قائمة، خاصة وأن هذه الجهة لا تستخلص بنفسها عناصر المسائل التي يتطرق بها رأياها، وإنما تستنقل السلطة التي عرضتها بتحديدها. فلا يكون اتصال جهة الرقابة على الدستورية بهذه العناصر موضوعيا، ولا إدراكها لها بصيرا بحقائقها. وإنما يتخذ النزاع الصورة التي رسمتها به السلطة التنفيذية أو التشريعية بما يجعل بيانها لأبعاده تعبيرا عن موقفها من هذا النزاع، وتصويرا لنزواتها التي لا شأن لها ببيان حكم القانون في المسائل التي تطرحها على جهة الرقابة على الدستورية لأخذ رأيها فيها.

وتطلق الخصومة القضائية بالحكم لا بالفتيا، يعد موقفا ثابتا لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في الأعم من الدول. ذلك أن الأراء الاستشارية التي تبديها هذه الجهة للسلطة التي طلبتها منها في غير خصومة، لا تبلور غير قرامتها الحرفية لنصوص الدستور بغض النظر عن زمن تطبيقها. فلا تبصر حقيقة الأوضاع المتغيرة والمتطورة التي يعايشها مجتمعها، ولا تزن بالقسط تصارع المصالح وتتلفسها التي يتجاذبها أطرافها The Legitimacy of Balancing Competing Interests. ذلك أن الأراء الاستشارية لا تصدر في غير واقعاتها التي صورتها

(١) United States v. Freuhauf . 365 U.S. 146 (1961).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية.

Such opinions, Such advance expressions of legal judgment upon issues which remain unfocused because they are not pressed before the Court with that clear concreteness provided, when a question emerges precisely framed and necessary for decision from a clash of adversary argument exploring every aspect of a multi-faced situation embracing and demanding interests.

وشكلتها السلطة التي طلبتها^(١) فلا يصححها أحد في وصفها لها، ولا يطرح من الدلائل ما يناقضها.

وينبغي أن يلاحظ في هذا المقام، أن الخصومة التي يستحكم النزاع بين أطرافها، ويطرحونها بصورة جادة تدل على تناقض مصالحهم Antagonistic claims actively presses، هي التي يتم الفصل فيها من خلال حكم قضائي. ولا يعتبر اتفاق أطرافها فيما بينهم حول حكم القانون بشأنها، منشأ لخصومة ودية، ولا طلباً لأراء استشارية تستر وراء الخصومة القضائية^(٢).

ومن ثم يكون شرط الخصومة حائلاً دون أن تقدم للجهة القضائية إجابات عن أسئلة توجه إليها، ولو كانت من طبيعة دستورية. وليس للجهة القضائية بالتالي أن توجه نصيحة للحكومة فيما ينبغي عليها أن تفعل أو لا تفعل، وذلك أيما كان قدر السؤال المطروح عليها، أو نوع المصالح التي يتعلق بها^(٣).

(١) كان الرئيس الأمريكي ولشنتون قد طلب من رئيس المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تقتضيه في شأن حكم القانون الدولي العام في بعض المسائل المتعلقة بمركز الولايات المتحدة كدولة محايدة في الحرب الأوروبية لعام ١٧٩٣، إلا أن رئيس المحكمة Jay رفض ذلك بإصرار، قائلًا بأن المشورة التي تبديها المحكمة في هذه المسائل تخرج عن اختصاصها. وقد نشر هذا الرد في خطاب وجهه Jay إلى رئيس الجمهورية. أنظر نص الرد في:

Schwartz, A Basic History of the U.S. Supreme Court 89 (1948).

(٢) Ins. v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).

(٣) Chicago 2 Southern Air Lines v. Waterman Steamship Corp. 333 U.S. 103 (1948).

المبحث السابع

امتناع للفصل في خصومة لم تشكل بيلادتها

٤١٩- توجب المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، أن يتضمن قرار إحالة المسائل الدستورية إليها، أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، ونص الدستور المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة.

وهذا النص مؤداه، أن للدعوى للدستورية -سواء حركها قرار صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي، تحيل به مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، النصوص القانونية التي بان لها من وجهة مبنيّة مخالفتها للدستور؛ أم كان الطريق إلى رفعها، تصريح بإقامتها صدر عن محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بعد دفع إيداء خصم أُلهمها بعدم دستورية نصوص قانونية يلزم تطبيقها في النزاع المعروض عليها، وقدرت هي جديته - فإن كلاماً من القرار الذي يحيل المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، وكذلك صحيفة الدعوى التي يرفعها خصم إليها، يجب أن يتضمن بياناً بالنصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى مخالفتها، ومواطن التعارض بينها. ذلك أن الخصومة الدستورية هي الطريق إلى إرساء الشرعية الدستورية التي تتوخى أصلاً صون حقوق المواطنين وضمان حرياتهم، ويتمين بالتالي ضمان جديتها.

ومن ثم نفترض هذه الخصومة أن يكون موضوعها محدداً تحديداً جلياً، وأن يكون لأطرافها -كما فيهم الحكومة المعتمدة بقوة القانون طرفاً ذا شأن فيها^(١) - حق الدفاع عن مصالحهم وإيداء وجهة نظرهم في شأن النصوص القانونية المطعون عليها.

وإيداء دفاع في دائرة من الفراغ، هو ما يقع بالضرورة إذا أغفل المدعي في الخصومة الدستورية بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها.

إذ بغير هذا البيان، لا تنهياً للخصوم في الدعوى الدستورية، مكنة إيداء دفاعهم في المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، وحتى تقوم هيئة

(١) ورد هذا الحكم بالفقرة الثانية من المادة ٣٥ من قانون المحكمة.

مفوضيها -بعد انقضاء هذه المواعيد- بتحضير المسائل الدستورية المطروحة عليها، ثم إيداع تقريرها فيها مشتملا على جوابها الواقعية ورأيها في أبعادها القانونية والدستورية^(١).

٤٢٠- وينبغي أن نلاحظ في هذا الشأن:

أولاً: أن موضوع الخصومة الدستورية، وأن تطلب لتحديدته بيان النصوص القانونية المطعون عليها ونصوص الدستور المدعى مخالفتها، ونقاط التعارض بينهما؛ إلا أن هذا البيان يعتبر مستوفيا لأغراضه، ولو تحقق بطريقة غير مباشرة.

ذلك أن لكل خصومة قضائية وقائعها التي تتحدد صورتها الإجمالية وحقيقة مقاصدها على ضوء اتصال أجزائها ببعض وترابطها في سياق يجمعها. ومنها تستخلص المحكمة الدستورية العليا -وعلى ضوء نظرتها الموضوعية لبنيان الخصومة الدستورية ومراميها- أبعاد المسائل الدستورية المثارة فيها.

ومن ثم لا يشترط لتحقيق الأغراض التي توخاها المشرع من المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا -وعلى ما جرى به قضاؤها- أن تتحدد المسائل الدستورية التي تطرح عليها في مضمونها ونطاقها تفصيلا. بل يكفي أن يكون تعيينها ممكنا. ويقع ذلك كلما كان بنيان عناصرها -ومن خلال ترابطها المنطقي واتصال أجزائها- دالا عن حقيقتها^(٢).

ثانياً: أن الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، يفترض تقييمها وفق أحكام الدستور جميعها. وتلك مهمة تتولاها المحكمة للدستورية العليا بنفسها، غير مقيدة فني ذلك بمواطن التعارض التي حدها المدعى في الخصومة الدستورية فيما بين النصوص القانونية المطعون عليها، ونصوص الدستور المدعى مخالفتها.

(١) تنص المادة ٣٧ من قانون المحكمة على ما يأتي: >كل من تلقى إعلانا بقرار إحالة أو بدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات، ولخصمه الرد على ذلك بمذكرة ومستندات خلال خمسة عشر يوما التالية لانتهاج الميعاد المبين في الفقرة السابقة. فإذا استعمل الخصم حقه في الرد، كان للأول التعقيب بمذكرة خلال خمسة عشر يوما التالية.

(٢) أنظر في ذلك الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٤٣ جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦، ص ٦٨٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومرد ذلك أن الرقابة التي يباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور -وعلى ما جرى به قضاؤها- تقتضيها أن تقرر إما صحتها أو بطلانها. وهي إذ تخلص إلى براءتها مما يحییها دستوريا، أو إلى قيام مآخذ عليها لمخالفتها الدستور، فإنها لا تنفع بالمخالفة التي نسبها الخصم إليها، أو التي حدثتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي. ولكنها تجبل بصرها في النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها، لتحجد على ضوءها توافق النصوص المطعون عليها معها أو تعارضها.

وهو ما يعني أن تحديد الخصم أو المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي للمخالفة الدستورية المدعى بها، لا يتغيا إلا تأكيد جدية المطاعن الدستورية من خلال ربطها بما يظاهرها من نواحي العوار في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور.

ولا يتصور بالتالي أن تكون المخالفة التي عينتها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي، أو التي حددها المدعى في الخصومة الدستورية، مؤشرا وحيدا أو قاطعا في شأن نطاق التعارض بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور التي تنقيد بها المحكمة الدستورية العليا في مجموعها، فلا تعزل نفسها عن وحدتها العضوية وتكامل بنيانها^(١).

ثالثا: أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي إذ تحجل مسائل دستورية بذواتها إلى المحكمة الدستورية العليا، فإن قرارها في ذلك ينبغي أن يكون جازما، منبئا عن اتجاهها إلى إرجاء الفصل في النزاع الموضوعي حتى تكبين حكم الدستور في شأن النصوص القانونية التي أحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا على ضوء ما قام لديها من شبهة مخالفتها للدستور.

رابعا: أن تجهيل الخصومة الدستورية بنصوص للدستور المدعى مخالفتها، لا يفيد بالضرورة خلوها من بيبانها التي تطلبها القانون.

ذلك أن المسائل الدستورية التي تثيرها، قد تكل بطريق غير مباشر على هذه النصوص، وتعین مواقفها.

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٤٣- جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- ص ٦٨٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

فالذين يقولون بمناقضة النصوص القانونية المطعون عليها، لقواعد الشريعة الإسلامية المقطوع بمصدرها ودلائلها، يحلون بالضرورة لنص المادة الثانية من الدستور، وإن أغفلوا الإشارة إليها.

والذين ينازعون في دستورية ضريبة فرضها المشرع، يحلون ضمنا إلى قواعد الدستور التي تضبطها، وعلى الأخص ما تعلق منها بالعدالة الاجتماعية كأساس لنظامها وفقا لنص المادة ٣٨ من الدستور.

والذين يطلبون حقهم في الأجر العادل، يركنون بالضرورة إلى نصوص الدستور التي تنظم حق العمل باعتبار أن الحق في الأجر عن عمل معين، إنما يتولد عن أداء هذا العمل.

والذين يناهضون التمييز غير المبرر فيما بين المواطنين المتماثلة مراكزهم القانونية، يستهضون بحكم الاقتضاء العقلي مبدأ تساويهم أمام القانون المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور.

والذين يقولون ببطالان تكوين السلطة التشريعية لعدم حصول العمال والفلاحين على ٥٠% من مقاعدها على الأقل، يقيمون دعواهم بالضرورة- على مخالفة تشكيلها لنص المادة ٨٦ من الدستور.

خامسا: أن الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لخلوها من بياناتها المنصوص عليها في المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا، يتعين أن ينحصر في الأحوال التي لا يستطاع فيها عقلا تحديد موضوعها بما لا تجهل فيه. يؤيد هذا النظر أمران:

أولهما: أن الإغراق في الشككية كثيرا ما يتخذ ذريعة للتخلص من الخصومة الدستورية التي تعتبر أكثر وسائل الحماية القانونية فعالية في مجال تأمين حصول الأفراد على حقوقهم وضمنان حرياتهم التي كفلها الدستور.

تأكيدهما: أن الأصل في العمل الإجرائي أن يكون صحيحا، ولو نص القانون على البطلان جزاء تخلفه، إذا قلم الدليل من الأوراق على تحقق الغاية المقصودة من هذا العمل^(١).

بما موداه ضرورة للنظر إلى الدعوى الدستورية باعتبارها مستوفية لبياناتها التي حددتها المادة ٣٠ من قانون المحكمة للدستورية العليا، كلما كان تطويل عناصرها الواقعية والقانونية، واستفراغ كل جهد في مجال تقييمها، كلفلا للبصر بحقيقتها، وتجاهلة مقاصدها بما يحقق الأغراض التي توختها المادة ٣٠ المشار إليها.

(١) أنظر في ذلك المادة ٢٠ من قانون المرافعات التي تنص على أن يكون الإجراء باطلا إذا نصح القانون صراحة على بطلانه أو إذا شبه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء.

المبحث الثامن

امتناع النظر في خصومة دستورية لم تنصل بالجهة القضائية التي تنصل فيها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها

٤٢١- تعتبر المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ١٧٤ من الدستور، هيئة قضائية قلزمة بذاتها في جمهورية مصر العربية. وهي بوصفها هذا لا تنصل في غير خصومة تنصل بها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها.

وتعلق اختصاصها بالخصومة القضائية دون غيرها، مرده أن ولايتها في مجال الفصل في المسائل الدستورية التي تطرحها هذه الخصومة عليها، مقيدة بضوابطها، وبمبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية بما يحول دون تداخلها فيما تفردن به من الشؤون التي عهد الدستور إليهما بتصرفها.

وهذه الخصومة التي يتحدد موضوعها بالمسائل الدستورية التي يجوز الفصل قضائياً فيها، لا يجوز رفعها مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لقانونها، بعد أن حصر هذا القانون طرق اتصالها بها في أحوال يحونها حددتها المادتان ٢٧ و ٢٩ من القانون، وبيانها كالاتي:

أولاً: أن تحيل محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي من تلقاء نفسها، ما يتصل بالنزاع المطروح عليها من النصوص اللازمة للفصل فيه والتي تقرر من وجهة مبدئية مخالفتها للدستور - إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في صحتها أو إبطالها. بما موزده أن إحالتها مباشرة هذه النصوص إلى المحكمة الدستورية العليا، شرطها لزومها للفصل في نزاع مطروح عليها، وقام شبهة تخالفها بأن عواراً دستورياً قد شلها. وهي تنصل في هذه الشبهة وفق ما يدل عليه ظاهر الأمر في النصوص المشار إليها، فلا تنطبق أغورها.

وتمثل هذه الصورة تطبيقاً مباشراً وحياً لمبدأ الخضوع للقانون. ذلك أن المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي لا تتوخى من إحالتها المباشرة للنصوص التي تقدر بصفة أولية مخالفتها للدستور، غير طلب تحديد القاعدة القانونية التي ينبغي عليها أن تطبقها في النزاع المعروض عليها. وهي قاعدة تحددها المحكمة الدستورية العليا بنفسها، وتقدر الجهة المحيلة بها، فلا يكون تطبيقها من الجهة المحيلة غير إنفاذ الدستور.

ثانياً: ألا تتخذ المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي من النصوص القانونية القائمة في نزاع مطروح عليها موقفاً إيجابياً، فلا تحيلها من نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا. وإنما يؤثر أحد الخصوم في الدعوى التي تنظرها، أمر مخالفتها للدستور. وعليها عندئذ أن تقرر ما إذا كان منعاها ظاهر البطالان، أو قلتما على شبهة لها أسسها. فإذا تبين لها توافر هذه الشبهة، كان منعاها جدياً لترخص المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي بعدئذ للخصم الذي لثار المسألة الدستورية -خلال المدة التي تحددها، والتي لا يجوز أن تزيد على ثلاثة الأشهر- برفع الدعوى الدستورية التي يختصم بها للنصوص المطعون عليها. فإذا لم يقم دعواه هذه خلال الميعاد المحدد لها، اعتبر الدفع بقوة القانون كأن لم يكن، وعدم الأثر بالتالي.

وكما كانت المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، تزيد على الأشهر الثلاثة، وجب خفضها إلى مالا يجاوزها. ذلك أن هذه المدة تعتبر حداً زمنياً نهائياً مقررًا بقاعدة أمرة نص عليها البند ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، فلا يجوز الخروج عليها.

وعلى الخصم الذي لثار الدفع بعدم دستورية النصوص المطعون عليها، أن يتقدم بالميعاد الذي حددته المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية، ولو كان أقل من الأشهر الثلاثة المشار إليها: :

ذلك أن هذا الخصم لا يفاضل بين المهلة التي حددتها المحكمة أو الهيئة المرخصة، وميعاد الأشهر الثلاثة المقرر كحد أقصى لرفع الدعوى الدستورية، ليختار من بينهما المدة الأطول. وإنما هو ميعاد واحد، هو ذلك الذي حددته تلك المحكمة أو الهيئة مقيدة به نفسها والخصوم على سواء.

ولا يعني ذلك أن عليها أن ترفض كل طلب يقدمه الخصم إليها بزيادة ميعاد حددته ابتداءً. إذ يجوز لها دوماً أن تمنحه مهلة جديدة تضيفها إلى المهلة الأولى، بشرط ألا يزيدا معاً على الأشهر الثلاثة المشار إليها؛ وأن يكون قرارها بمد الميعاد، قد صدر عنها قبل انتهاء المهلة الأولى حتى تتداخل معها وتعتبر امتداداً لها^(١).

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦- قاعدة رقم ٤٥-س ٧٠٤ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها

وأيا كان الأمر، فإن كل ميعاد -وعلا بنص المادة ١٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية- لا يبدأ إلا من اليوم التالي لحصول الأمر المعتبر مجزيا للميعاد. وهو هنا القرار الصادر عن المحكمة أو الهيئة المرخصة برفع الدعوى الدستورية. فإذا كان الميعاد منتهيا بعطلة رسمية، امتد بقوة القانون إلى أول يوم عمل بعدها^(١).

ويلاحظ في شأن ميعاد رفع الدعوى الدستورية -وهو ميعاد لا يرتبط إلا بالأحوال التي يكون فيها النفع بعدم الدستورية محركا لهذه الدعوى- أن هذا الميعاد لا يحتر من قبيل مواعيد المقوط التي يعرفها قانون المرافعات المدنية والتجارية مقيدا بها الحق في الدعوى أو الطعن، ومؤكدا جريانها إلى أن تبلغ نهايتها دون أن تعرضها عوائق أيا كان نوعها، فلا يجوز وقفها أو لقطاعها. ذلك أن نقطة البداية في مواعيد المقوط جميعها أنها من عمل للمشرع، فلا يكون نص القانون إلا مصدرا مباشرا لها.

وارتباطها بالحق في الدعوى أو الطعن مؤداه، انقضاء هذا الحق بانقضاء هذه المواعيد، فلا يعود بفواتها لهذا الحق من وجود.

ولا كذلك ميعاد رفع الدعوى الدستورية، إذ تقرره بنفسها المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي ترخص برفعها، لأنها هي التي تحدده بحكمها.

ولا يحول الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية لعدم رفعها خلال الميعاد المحدد لها، دون حصول رفعها على ترخيص ثان من المحكمة أو الهيئة المعروض عليها النزاع، لرفعها من جديد.

كذلك فإن الدفع بعدم الدستورية، لا يحتر من قبيل الدفع التي لا تجوز إثارتها إلا أمام محكمة الموضوع، بل يجوز إيدواه في أية حالة تكون عليها الدعوى أو الطعن، ولو أثير لأول مرة أمام محكمة النقض. ذلك أن الدفع التي لا يجوز إيدواها أمام محكمة النقض هي التي لا تتعلق بالنظام العام، أو التي تتعلق به وإنما يخالطها وقع ليس لها أن تخوض فيه إذا لم يكن الحكم

(١) القضية رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٦ مستورية - جلسة ٣ فبراير ١٩٦٦ - قاعدة رقم ٢٢ ص ٣٩٣ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

المطعون فيه قد حرام. ولا كذلك الدفع بعدم دستورية نص قانوني مطروح تطبيقه في خصوصية قضائية، ذلك أن المحاكم جميعها مقيدة بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ يلزمها بمراعاة مفهوم التخرج فيما بين القواعد القانونية ترجيحاً لأعلاها على أدناها، وتقليداً للدستور بالتالي على ما سواه من القواعد القانونية. يؤكد هذا النظر، أن التعارض بين قاعدتين قانونيتين تزلحمتا فيما بينهما في مجال الفصل في الخصومة القضائية، يقتضي اطراح القاعدة الأدنى بقدر تعارضها مع القاعدة التي تعلوها.

فإذا كانت القاعدة الأعلى هي الدستور، كان على المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي التي تقوم لديها شبهة التعارض بين قاعدة قانونية يفترض تطبيقها في النزاع المزمع عرضها، وبين نص في الدستور، أن تستوحي مما إذا كان لهذه الشبهة أساس من الدستور. وسبيلها إلى ذلك إما أن تحيل للقاعدة القانونية المدعى تعارضها مع الدستور، مباشرة إلى المحكمة الدستورية العليا، لتفصل في دستورتها؛ وإما أن ترخص لخصم دفع أمامها بعدم دستورية هذه القاعدة، بأن يقيم دعواه الدستورية فصلاً في انفصالها أو تعارضها مع الدستور.

فإن: هي لم تلجأ إلى أحد هذين الخيارين رغم قيام الشبهة لديها على مخالفة النصوص القانونية المفترض تطبيقها في النزاع المطروح عليها للدستور، فإن مضيقاً في نظر هذا النزاع، لا يعدو أن يكون تطبيقاً منها للقانون على الدستور.

فإذا تعلق الأمر بمحكمة النقض -التي اطرد قضاؤها زمناً طويلاً على أن الدفع بعدم الدستورية لا يجوز أن يثار لأول مرة أمامها باعتباره من الدفوع الموضوعية^(١)- فإن انحيازها للقانون دون الدستور، مؤداه بالضرورة نقضها الحكم المطعون فيه لخطأ اعتراه في تطبيق أو تأويل النصوص القانونية التي طبقها هذا الحكم في النزاع، ولو قام الدليل على تعارض هذه النصوص مع الدستور.

(١) نقض ١٩٨٨/٤/٢٠ - طعن رقم ٤٠ سنة ٥٥ قضائية؛ ونقض ١٩٨٣/١٢/١٨ - طعن رقم ١٤٣١ سنة ٥٠. ويلاحظ أن محكمة النقض عدلت بعد ذلك عن هذا الاتجاه بعد أن انقسمت دولتها إلى مؤيد للطبيعة الموضوعية للدفع بعدم الدستورية وإلى معارض لها

وهي نتيجة لا يمكن القبول بها. ذلك أن خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون، موداه التزامها بالنزول على أحكامه وفقا لترتيبها في مدارج القواعد القانونية. والدستور على قمتها.

ثالثا: ويقابل حق المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي جميعا، في أن تحيل بنفسها المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، حق هذه المحكمة نفسها -وعلى ما تكص عليه المادة ٢٧ من قانونها- في التصدي لدستورية أي نص قانوني يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها.

وتلك هي رخصة التصدي التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن كل نزاع معروض عليها، سواء تعلق الأمر بمباشرتها لولايتها في مجال فض التنازع على الاختصاص أو للتناقض بين الأحكام النهائية وفقا للمادتين ٣١ و٣٢^(١) من قانونها، أو على صعيد فصلها في الخصومة الدستورية المطروحة عليها وفقا لنص المادة ٢٩ من هذا القانون. ولا تباشر المحكمة الدستورية هذه الرخصة إلا وفق الشروط التي حددتها بنفسها، وحاصلها:

١. أن تتصل النصوص القانونية التي يتصدى للفصل في دستورتها، بنزاع يدخل في اختصاصها، ولا زال قائما أمامها.

ولا يتصور أن يطرح نزاع عليها إلا إذا اتخذ شكل الخصومة القضائية التي تتناقض بشأنها مصالح أطرافها. فلا نزاع أمام القضاء بغير خصومة يقيمها مدعى الحق لطلبه بعد إنكاره. ولا يستقيم بالتالي معنى الخصومة القضائية، إلا إذا تنازع أطرافها الحقوق موضوعها، سواء لإثباتها أو نفيها. ومن ثم لا يدخل طلب التفسير التشريعي في مجال تطبيق نص المادة ٢٧ المشار إليها لتجوده من خصائص الخصومة القضائية.

٢. أن تتصل الخصومة الأصلية المطروحة عليها، بنص آخر يؤثر في المصلحة النهائية للخصومة الأصلية. ومن ثم تقوم علاقة حتمية بين أصل وفرع؛ فالأصل هو الخصومة المطروحة بداية على المحكمة الدستورية العليا للفصل في موضوعها. والفرع هو النص الآخر الذى عوض

(١) تكص المادة ٣١ من قانون المحكمة على أن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا تعيين جهة للقضاء المختصة بنظر الدعوى في الحالة المشار إليها في البند ثانيا من المادة (٢٥). وتكضي المادة ٣١ بأن لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا الفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين في الحالة المشار إليها في البند ثالثا من المادة (٢٥).

لها بمناسبة النظر في الخصومة الأصلية بشرط أن يكون من شأن الفصل في دستورية هذا النص، التأثير في المحصلة النهائية للخصومة الأصلية، وهو ما دل عليه قانون المحكمة الدستورية العليا بإيجابه أن يتصل النص القانوني المعارض بالنزاع المطروح أصلاً عليها، فإذا لم يكن للنص المعارض بالنزاع المطروح أصلاً عليها، فإذا لم يكن للنص القانوني المعارض من أثر على الخصومة الأصلية، فإن الفصل في دستوريته، يتجرد من كل فائدة عملية وفقاً لنص المادة ٢٧ من قانونها.

٣. أن نقدر المحكمة الدستورية العليا من وجهة نظر مبدئية *Prima Facie* مخالفة النصوص التي تتصدى لها للدستور. وعليها بمجرد قيام هذه التشبه لديها، أن تحيلها إلى هيئة المفوضين بها حتى تعد هذه الهيئة تقريرها في شأن اتفلقها أو تعارضها مع الدستور. ثم تفصل المحكمة الدستورية العليا بعد اتصاليها بهذا التقرير، في بطلان النصوص القانونية التي أحالتها إلى هيئة المفوضين أو صحتها.

٤٢٢- وعلى ضوء هذه المفاهيم يبدو غريباً ما تصورته المحكمة الدستورية العليا في بدء نشأتها من أن حقها في التصدي يجوز أن يتعلق بنصوص قانونية لا تؤثر في المحصلة النهائية للخصومة المطروحة أصلاً عليها؛ وإفترضنا أن للنصوص القانونية المشابهة في نصها وفحواها، للنصوص المطعون عليها في الخصومة الأصلية، هي التي تقيم الصلة بينها؛ وتأسيسها أن الصلة المقصودة بنص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، هي الصلة العملية التي يكون لها مردود على نطاق للترضية القضائية التي تقدمها المحكمة الدستورية العليا للمدعى في الخصومة الأصلية؛ وإعراضها كذلك عن حقيقة أن تصديقها للنصوص القانونية للفصل في دستوريته وفقاً لنص المادة ٢٧ من قانونها، ما كان ليؤثر أصلاً لو لم تكن هذه النصوص متصلة بالخصومة الأصلية بما يؤثر في بنائها وكيفية جريانها، إذ هي خادمة لها وتطور من أبعادها^(١).

(١) في الدعوى الدستورية رقم ١٠ لسنة ١ ق التي صدر الحكم فيها -بجلسة ١٦ مايو ١٩٨٢- قاعدة رقم ١٠ ص ٥٦ من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، كان النص المطعون بعدم دستورية هو نص الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة التي لم تجز الطعن في قرارات نقل أعضاء مجلس الدولة وتديهم أمام المحكمة الإدارية العليا. وإن حظر نص الفقرة الأولى من المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية كذلك الطعن في قرارات نقل رجال القضاء والنيابة العامة وتديهم أمام دوائر المواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض، فقد وجدت المحكمة الدستورية العليا أن النصين متشابهين، ومن ثم قررت التصدي للنص الثاني لتشابهه مع النص الأول.

٤. أن زوال الخصومة الأصلية يفيد بالضرورة انتفاء رخصة التصدي بعد أن لم يعد ثمة محل لإعمالها^(١).

٥. ولبيان حدود تطبيق نص المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا، نفرض أن شخص طعن بحكم دستورية نص قانوني فرض ضريبة بالمخالفة للدستور. وعندئذ يحدد النص القانوني الذي فرض هذه الضريبة، نطلق الخصومة الأصلية القائمة أمام المحكمة. فإذا تبين للمحكمة من قراءة قانون الضريبة أن نصا آخر يمنع استردادها بمضى سنة من تاريخ دفعها، فإن النص المانع من استرداد الضريبة يشكل الخصومة الفرعية التي تتصل بالنزاع الأصلي المعروض على المحكمة. فإذا نصبت المحكمة للفصل في هذه الخصومة الفرعية، فذلك بالنظر إلى أن نتيجة الفصل في الخصومة الفرعية تؤثر بالضرورة في الخصومة الأصلية.

ذلك أن المدعى في الخصومة الأصلية لن يستفيد من الحكم الصادر بإبطال الضريبة إلا إذا استطاع استردادها. فلا يكون إبطال النص المانع من ردها إليه، إلا كافلا اجتناء المنفعة النهائية التي يتوخاها المدعى في الخصومة الأصلية من إبطال الضريبة التي فرضها المشرع بالمخالفة للدستور.

(١) لنظر في ذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٧٠٢ تفسير - جلسة ١٩٩٥/١٠/٢١ - قاعدة رقم ٢-ص ٨٢١ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث التاسع

طرائق الرقابة على الشرعية الدستورية

التي لا يعرفها قانون المحكمة الدستورية العليا

٤٢٣- على أن للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية طرائق أخرى في بعض السدول هي الدعوى الأصلية بعدم الدستورية؛ والأوامر الصادرة في شأن مشروعية احتجاز البدن؛ والأوامر التي تصدرها السلطة القضائية إلى السلطة التنفيذية، لمنعها من تطبيق قانون معين، أو لتلزمها بأداء عمل. ثم أخيراً نوع من الأحكام القضائية يصفونها بالأحكام التقريرية على تقدير أن غايتها مجرد بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها، وتعيين صاحبها.

المطلب الأول

الدعوى الأصلية بعدم الدستورية

٤٢٤- هي الطعن المباشر في النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، ولو لم يجر تطبيقها في حق المدعى في الخصومة الدستورية، حتى يثار أمر إضرارها به بصورة فعلية.

وليس للدعوى الأصلية بعدم الدستورية كذلك من صلة بحقوق شخصية يكون رفعها قد طلبها في نزاع موضوعي، وإنما تتجرد الدعوى الأصلية من هذا النزاع، وكذلك من الحقوق التي ترتبط به فصلاً في ثبوتها أو تخلفها.

ولم تجز المادتان ٢٩ و ٢٧ قانون المحكمة الدستورية العليا، الطعن بطريق مباشر في النصوص المدعى مخالفتها للدستور. ذلك أن هاتين المادتين نظمتا طرائق اتصال الخصومة الدستورية بها، على الوجه الذي مر بيانه. وهي طرائق لا يبدل عنها، ولا تنقيد جواز طعن بالطريق المباشر في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور بقصد إبطالها إبطالا مجردا.

ولا يعتبر قصر الحق في الخصومة الدستورية على هذه الطرائق، إخلالا بالحق في التقاضي، إذ هو حق غير مطلق، وإنما يجوز أن يخضع لضوابط لا تنقيد سماعتها أو بأبعادها - من جوهر^(١).

ومن صور الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، أن تقام أمام المحكمة الدستورية العليا دعوى دستورية لم ترخص محكمة الموضوع برفعها إليها^(٢)، أو أن يثار النعي بمخالفة نص قانوني للدستور لأول مرة أمام هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا^(٣).

٤٢٥- ولما كان طريق اتصال الخصومة الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا، فإن المسائل الدستورية التي تواجها، هي تلك التي ترتبط بنزاع قائم أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي. بيد أن من يناهضون شرط المصلحة في الخصومة الدستورية، يركزون على المهمة الخاصة Special function التي تتولاها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، والتي يبلورها ضرورة تطبيقها للتقيد التي فرضها الدستور -وفي حدها الأدنى- على الأعمال التشريعية جميعها، وأن مهمتها هذه تمثل جوهر اختصاصاتها، وتكفل على الأخص صون القيم التي أحضنها الدستور، والتي لا يجوز إهمالها؛ ولا تعليق إنفاذها على خصومة موضوعية يقيمها المدعى للدفاع عن مركزه القانوني الخاص.

وهم يؤسسون ذلك على أن الخصومة الدستورية تغاير الخصومة الموضوعية في بنائها وأهدافها. فكل منهما مجال يتحدد به موضوعها، وأسلوب للفصل فيها، ومعايير تقتضيها غلبسة الطبيعة الشخصية على الخصومة الموضوعية، والطبيعة العينية على الخصومة الدستورية. ولا يجوز بالتالي أن يكون وجود أولهما قيدا على نشوء ثانيتهما. وهو ما يجعل لكل مواطن صفة مفترضة في تجريح النصوص القانونية المخالفة للدستور، ولو لم تنصل بنزاع موضوعي؛

(١) 'دستورية عليا' القضية رقم ١١ لسنة ١٤ قضائية 'دستورية' -جلسة ٤ يونيو ١٩٩٤- قاعدة رقم ٢٥ ص ٢٩٥ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) 'دستورية عليا' القضية رقم ٥٩ لسنة ١٣ قضائية 'دستورية' -جلسة أول يناير ١٩٩٤- قاعدة رقم ١٢ ص ١٢٤ وما بعدها من الجزء السادس.

(٣) 'دستورية عليا' القضية رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية 'دستورية' -جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ٨/١٣ ص ٢٣٨ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومصلحة مفترضة في إسقاط هذه النصوص تطبيقاً لمبدأة الدستور. وهو ما نراه محل نظر. ذلك أن الدعوى الأصلية بعدم الدستورية، وإن كانت تبلور تطوراً هاما ورئيسياً في بنية التشريعية الدستورية، وكان بالإمكان تنظيم شروط رفعها بما يحول دون إساءة استخدامها، وعلى الأخص من جهة تحديد صور مباشرتها، وكذلك من يملكون الحق في تحريكها؛ إلا أن هذه الدعوى تظل استثناء من شرط المصلحة الشخصية المباشرة التي تقتض قيام صلة ملطقة بين المركز الخاص للمدعي في الخصومة الدستورية، والمعاملات الدستورية التي طرحها الفصل فيها. وهي صلة يؤيدها أن جهات القضاء على اختلافها، لا يعيها غير تطبيق القوانين للقائمة في مجال اتصال أحكامها بحقوق يطالبها أصحابها لأنفسهم لتعود عليهم فائدتها، وإلا كان العنوان على الدستور فيما وراء هذه الحقوق، أدخل إلى المحاسبة السياسية التي لا شأن لها بالوظيفة القضائية.

هذا فضلاً عن أن المحكمة الدستورية العليا مقيدة طبقاً لقانونها بمراعاة شرط المصلحة الشخصية المباشرة كشرط للفصل في الدعوى الدستورية. ويظل دوماً بيد المشرع أن يسقط هذا الشرط في كل تطبيقاته؛ أو أن يقرره كقاعدة مطلقة لا استثناء منها؛ أو أن يكتل بقاءه في أحوال دون أخرى، على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا -وكما كان التحقق من هذا الشرط مطلوباً منها وفق قانونها- تحديد مضمون المصلحة الشخصية المباشرة، وإن كان تزمها في تحديد هذا المضمون لا يلقى بها بالنظر إلى آثاره السلبية على حقوق المواطنين وحرياتهم.

وأولى بها أن يكون لقتضاؤها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة متوازناً من خلال قسدر من المرونة والتجرد المنطقي في مجال تفسيره، وعلى الأخص عند هؤلاء الذين يرون أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتصل اتصالاً قراراً بالرقابة على الشرعية الدستورية، ولا ترتبط بالضرورة بضوابط ممارستها. وإن قيل رداً عليهم بأن شرط المصلحة في الدعوى يرتبط بالحق فيها، وهو حق يملك المشرع تنظيمه بما لا يجرده من محتواه.

ويظل ثابتاً أن القوانين المنظمة للسلطة القضائية، لا تدخل أحداً أن يلج أبوابها دون فائدة عملية يجنيها من دعواه وفقاً للقانون، وإلا صار القضاء محراباً علمياً يتكادس فيه المتداعون أوضاع مجتمعهم، أو مجدداً دينياً يباشرون فيه طقوس عقائدهم، لا إطاراً للفصل في خصوماتهم بقصد إيجاد حلول لها بما يصون الأمن الاجتماعي.

يؤيد هذا النظر أنه حتى عندما اتخذت الرقابة على الشرعية الدستورية شكل رقابة الامتثال عن تطبيق النصوص القانونية المخالفة للدستور، دون الحكم بإبطالها، فإن مجال هذه الرقابة كان منحصرا في الفصل في دستورية النصوص القانونية التي يزداد تطبيقها في نزاع موضوعي فصلا في حقوق يرد إثباتها، ويعارضها خصماء يسمعون لنفيها.

المطلب الثاني

الأمر المتعلق بإنهاء الاحتجاز غير المشروع للبدن

Writs of Habeas Corpus

٤٢٦- قد تفوض السلطة التشريعية السلطة القضائية في أن تفصل من خلال أوامر تصدرها في مشروعية احتجاز البدن. وهذا الإجراء يخول كل شخص أدين عن جريمة أو احتجز بدون حق، أن ينازع في مشروعية أو دستورية تقييد حريته، وأن يقيم منازعته هذه على الدعائم التي تؤكد، والتي يدرج تحتها، أن يكون قد أدين بناء على نصوص اتهام تتناقض الدستور، أو لأن قضاء الحكم صدر عن محكمة لا ولاية لها بنظر الدعوى الجنائية، أو لها ولاية نظرها ولكن الحكم الصادر فيها أهدر حقوق المتهم التي كفلها الدستور، كذلك التي تتعلق بمواجهته بالتهمة بكل الوسائل القانونية.

ومنذ الماجنا كارتا، كان صون الحرية الشخصية من المسائل المفروغ منها؛ وكان الفصل في مشروعية احتجاز البدن من الحقوق التي يملكها كل بريطاني في إنجلترا باعتباره إجراء عاجلا وفعالا في اختبار ما إذا كان احتجازه موافقا أو مخالفا للقانون والدستور^(١). ونظر أباء الدستور الأمريكي إلى الحق في تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع باعتباره أعلى ضمانات لصون الحرية^(٢) وأفضل امتياز لا يجوز وقفه إلا لضرورة تتعلق بصون الأمن العام في حالة العصيان أو الغزو^(٣). Cases of rebellion or invasion.

(١) Habeas Corpus Act of 1679.

(٢) Smith v. Bennett, 365 U.S. 708 (1961).

(٣) انظر الفصل التاسع من المادة الأولى من الدستور الأمريكي.

٤٢٧- وعلى امتداد العصور، صار هذا الامتياز، للقانون العام للحرية، بما يخول المحاكم استدعاء السجناء والتحقق في مشروعية احتباسهم، وإلا تعين الإخراج عنهم. وقررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في عبارة قاطعة، ضرورة صون هذا الامتياز من كل العوائق باعتبار أن ضمانه يعتبر واجبا حيويا^(١).

ومنذ ١٨٦٧ تقرر تطبيق ذلك الامتياز في أمريكا على الصعيد الفيدرالي لضمان إطلاق سراح السجناء الذين احتجزتهم السلطة المحلية في الولاية بالمخالفة للمستور الفيدرالي أو للقوانين أو المعاهدات الفيدرالية، على أن يتم تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع حال الإخلال بالحقوق الأساسية للإنسان، وعلى الأخص تلك المنصوص عليها في الدستور الفيدرالي^(٢) سواء كان الشخص محتجزا في ولاية، أو عن طريق السلطة الفيدرالية.

ذلك أن التدخل في حريته بما يهدد هذه الحقوق سيندرج تحتها حق الشخص ألا يحاكم عن ذات التهمة أكثر من مرة، وفي أن يحصل على مشورة محام^(٣) - عدوان عليها يتعين أن تعمل السلطة القضائية الفيدرالية، على رده عن كل مواطن، ولو كان عقيما في ولاية، محتجزا في سجونها أو معتقلا بها، وبشرط ألا يصدر أمر الإخراج عن السلطة الفيدرالية إلا إذا استند المظلم للوسائل التي توفرها الولاية، والتي يقرر على ضوءها ما إذا كان تقييد حريته جائزا قانونا أم غير جائز.

فإذا لم يكن ثمة وجود لهذه الوسائل أصلا في الولاية، Non-existent أو كانت هذه الوسائل غير ملائمة بصورة ظاهرة Clearly inadequate، أو لا تزيد عن مجرد آمال زائفة لا طائل من وراءها في رد الحرية للمقيدة إلى أصحابها، Nothing but a procedural morass offering no substantial hope for relief أو كان الدليل على بطلان تقييد الحرية سواء عن طريق السجن أو الاحتجاز غير المشروع، قد ظهر بعد انقضاء المواعيد التي حددتها قوانين السلطة المحلية

(١) Bowen v. Johnston 306 U.S. 19, 26, 83 (1939).

(٢) Rogers v. Peck, 199 U.S. 425 (1905).

(٣) Re Nielsen, 131 U.S. 176 (1889); Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

لمراجعتها في إجراءاتها؛ أو كلن المعلن أو الاحتجاز في الولاية قد تم بناء على أوامر من السلطة الفيدرالية -بما في ذلك محاكمها- فإن استنفاد الوسائل المحلية لا يكون مطلوباً^(١).

٢٨- وما تقدم مؤداه أن الأمر القضائي الفيدرالي بإنهاء الاحتجاز غير المشروع؛ قد يتعلق بأشخاص أدلتهم المحاكم الفيدرالية، أو بأشخاص محتجزين في ولاية بدون حق، وذلك سواء كان تقييد الحرية في الحالتين ناجماً على الأخص عن مخالفة نص التعديل الرابع للدستور الأمريكي الذي يؤمن الناس في أشخاصهم ومنزلهم وأورقهم ومتعلقاتهم، ضد التفتيش والقبض غير المشروع؛ أم كان مترتباً على مخالفة التعديل الرابع عشر لهذا الدستور الذي يحظر على أية ولاية حرمان أي شخص من الحق في الحياة أو من ملكيته أو من حريته بغير الوسائل القانونية السليمة^(٢) The due process of Law.

وكذلك إذا نقض الاعتقال أو الاحتجاز أو غيرهما من صور تقييد الحرية، حق الشخص في محاكمة سريعة منصفة؛ وفي ألا تقام ضده دعوى جنائية قبل اتهامه من هيئة المظنين العليا إذا كان صدور الاتهام على هذا النحو مقرراً قانوناً^(٣). وللمحاكم الفيدرالية في حدود سلطاتها التقديرية، أن تسقط حق الشخص في الانتفاع من امتياز تحرير البدن من القيود، إذا وجدت دلائل كافية على أن لاحتجازه وجهاً مشروعاً، ولو كان قرار الاحتجاز مشوباً بالخطأ. وكذلك إذا قصد تعمد مجاوزة الإجراءات المعمول بها في محاكم الولاية، وصادر بالتالي بفعلة الترضية التي تمنحها هذه المحاكم.

(١) Morino v. Ragen, 332 U.S. 561 (1947); Fay v. Noia, 372 U.S. 391 (1963).

ويلاحظ أن لكل شخص رفض بغير حق طلبه بالإفراج عنه بكفالة، أن يتسك بامتنياز تحرير البدن من التيود لينفع تلك الكفالة، ويؤمن بها بإطلاق سرله. ولا يجوز في المحكمة الجنائية أن يتسك شخص بهذا الامتنياز قبل المحاكمة ولو ادعى مخالفة القانون الذي أتهم بمقتضاه للدستور إذ يتعين أولاً أن تتم محاكمته في إطار سيرها الطبيعي، ولن يستند كل الوسائل المحلية لضمان الإفراج عنه، فإن لم تجد نفعا كان له عندئذ التمسك بضمفاعة تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Johnson v. Hoy. 227 U.S. 245 (1913).

(٢) Antieau, Modern Constitutional law, volume one, 1969, pp. 435-441.

(٣) Fay v. Noia, 372 U.S. 391, 409 (1963); Ey parte Bain, 121 U.S. 1, 30 (1887).

ولئن كان حق الشخص في الاعتراض على احتجازه غير المبرر، يخول السلطة القضائية الفيدرالية أن تجل بصرها في مشروعية الاحتجاز، وكان الدستور الأمريكي قد خلا من كل نص يودع هذا الاختصاص في المحاكم الفيدرالية دون غيرها، إلا أنها تفسر مباشرتها بإيه علي وجه الأفراد، بالسلطة المخولة لها بمقتضى التنظيم القضائي الصادر في ١٧٨٩ وهو تنظيم يخول المحاكم الفيدرالية التحقق من مشروعية احتجاز الأشخاص المقيدة حريتهم وفقاً لقوانين لية ولاية.

ولا يلزم أن يكون هؤلاء الأشخاص مسجونين، بل يكفي أن يكون إطلاق سراحهم مقود بشرط الكفالة، أو بشرط المراقبة، أو بغير ذلك من القيود التي لا يندرج في إطارها ما يدعيه للمتهم من أن الأكلة على ثبوت الجريمة التي اتهم بها ودين بسببها، غير كافية^(١).

ولا يرتبط الاحتجاز غير المشروع، بالاعتقال أو بالإدعاء في مخفر. فالأشخاص المودعون في مصحة عقلية بالنظر إلى جنونهم أو لعاهة في الحقل أصابتهم، يشملهم امتياز تحرير البدن، ويجوز بالتالي إنهاء احتباسهم إذا كان إدعاءهم في هذه المصحة باطلاً أصلاً، أو كان صحيحاً ابتداء ثم طرأت عناصر واقعية تحتم الإخراج عنهم. فالمجنون قد يحتجز في مصحة عقلية بناء على سند قانوني Legal Foundation إذا فقد عقله. فإذا أفاق من جنونه، دل ذلك على أن تغييراً واقعياً طرأ على حالته A factual foundation بما يسوغ إنهاء احتجازه. ذلك أن الأكثر المباشرة لاحتجاز قام للدليل -قانوناً أو واقعاً- على بطلانه، هو إنهائه^(٢).

ويجوز كذلك الإخراج عن الأشخاص الذين ألدنوا تعاطي الخمر، إذا كان احتجازهم في الأماكن التي أودعوا بها، قد تم جبراً عنهم، وبالمخالفة ل ضماناتهم المقررة قانوناً، والتي تنفي التحقق من حالتهم، ودرجة خطورتهم على الأمن العام.

ولا يجوز بالتالي اللجوء إلى نظام تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع Habeas Corpus إذا كان ما توخاه الطاعن، هو الفصل في مسائل قانونية ليس من شأنها إنهاء هذا الاحتجاز فوراً، ولو قضى فيها لمصلحته.

(١) Stallings v. Splain, 253 U.S.339 (1920); Harlan v. McGourin, 218 U.S. 442 (1910).

(٢) Antieau, ibid, p. 442.

ذلك أن الوظيفة الوحيدة لتحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، هي إطلاق سراح المحتجز دون إبطاء، ومع ملاحظة أنه حتى لو أطلق سراح المعتقل بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه، فإن لهذه العقوبة آثاراً جانبية Collateral Consequences تموغ إنهاءها من خلال اللعن على الحكم الصادر بالعقوبة للفصل في دستوريته.

وليس تحرير البدن من الاحتجاز غير المشروع، نظاماً بدولاً عن اللعن استثنائياً في الحكم؛ ولا طريقاً لمراجعة أخطائه وتصويبها، ما لم يكن من شأن هذه الأخطاء -حال ثبوتها- أن تصير عملية الاحتجاز بكل جوانبها عملاً غير مشروع وفقاً للقوانين الفيدرالية.

وتتحدد مشروعية هذا العمل في كل قضية بالنظر إلى ولعنتها، وعلى ضوء حكم القانون فيها^(١).

وينبغي أن يلاحظ أخيراً أن الدستور الأمريكي وإن أجاز وقف امتياز تحرير البدن من الاحتجاز غير المبرر في حالات الغزو والعصيان، إلا أن الكونجرس وحده هو الذي يملك هذه السلطة، فلا تبشرها السلطة التنفيذية بغیر تفويض من الكونجرس، ولأجل محددة، وفي مواجهة لوضاع يعنيها يكون زوالها منهيًا وقف هذا الامتياز.

(١) Whitely v. Warden, 401 U.S. 560, 569 (1971).

تصدر المحاكم الفيدرالية أمرها بالإفراج فوراً عن الشخص الذي ثبت بطلان احتجازه ولما وقلنا ما لم تقرر سلطة الاتهام إعادة محاكمته خلال فترة زمنية محددة.

The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, 1996, p.641.

المطلب الثالث

الأوامر الوقائية (Injunctions) (١)

٤٢٩- كان نطلق إصدار هذه الأوامر، injunctions محدودة لول الأمر، وحذرا، ثم صار اليوم عريض الاتساع خاصة على صعيد علاق العمل والتجارة، وكذلك فيما يختص بالشئون المالية La Fiscalité. ذلك أن هذه الأوامر تبلور صورة من للترضية الوقائية أو العلاجية، غايتها أصلا ردع السلطة التنفيذية عن تصرفاتها في مقلب الأيام. فلا شأن لها بلووضع منقضية. ومن ثم تتوخى هذه الأوامر منعها من أداء أعمال تهدد بها، أو تمنع عن عزمها القيام بها، أو تكلفها بالامتناع عن المضي فيها، أو إلزامها بأن تزيل أضرارها أحدثتها، أو تصحح أخطاء ارتكبتها (٢).

المطلب الرابع

الأحكام التقريرية (Declaratory Judgments) (٣)

٤٣٠- وإذا كان محظورا على جهة الرقابة على الدستورية، أن تقدم نصيحتها إلى السلطين التشريعية والتقنوية إذا استشارتها إحداها في مسائل من طبيعة مجردة، أو فرضية، أو غير محققة Abstract, Hypothetical and Contingent questions ضمنا لأن تنقيح بحدود

(١) عرف قاموس Black في ص ٧٨٤ من الطبعة السادسة (١٩٩٠) أوامر المنع بأنها تلك التي تصدر عن محكمة بقصد منع شخص من القيام بعمل معين، أو تكلفه بأن يزيل خطأ أو ضررا.

A court order prohibiting someone from doing some specified act or commanding someone to undo some wrong or inquiry
وهي بذلك تمنع شخصا من إتيان عمل يهدد به أو يتجه لارتكابه. وقد يكون هدفها كبحه عن الاستمرار فيه. ويصدر هذا الأمر لصالح شخص Inpersonum مطلوبة من الشخص الذي وجهت إليه بأداء أو الامتناع عن أداء أي شيء محدد. ولا تتعلق هذه الأوامر في كل صورها بأخطاء منقضية وإنما بالأعمال مستقبلية. ومن ثم تتمتع عن أوامر تستهدف توقي الضرر والمنع Preventive remedy.

(٢) Charles Debboch; Jean - Marie Pontier; Jacques Bourdon; Jean - Claude Ricci, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et corrigée, p.86.

(٣) يعرفها Black في ص ٤٠٩ من قاموسه القانوني السابق بأنها إجراء يتوخى به المدعى في دعوى يجوز الفصل قضائيا فيها، مجرد تحديد مركزه وحقوقه القانونية المتعلقة بها.

Statutory remedy for the determination of a justiciable controversy where the plaintiff is in doubt as to his legal rights.

وظيفتها القضائية^(١)، التي لا تتعلق إلا بمائل بلورها خصماء يتنازعون عليها، وتتصادم مصالحهم بشأنها، بما يحدد جوانبها وزواياها المختلفة على نحو يبصر جهة الرقابة على الدستورية بها، ويحيطها بناصرها وتعدد أوجهها^(٢) Multi- faced situations، وكان تعلق الخصومة الدستورية بحقوق يتصارع أطرافها عليها، ويحددون أبعادها، ويفصلون وقائعها، ويقومون حججها، يضيئونها، ويحدد كذلك لجهة الرقابة القضائية على الدستور نقاط التوافق والتعارض في الحقوق المتنازع عليها؛ فإن هذه الخصومة -بخصائصها تلك- تكون منخلة وحيدة للفصل في المسائل الدستورية التي تلمحها^(٣).

على أن المدعى في الخصومة الدستورية يكون عادة بالخيار بين أمرين: فهو إما أن يجلبها إلى جهة الرقابة القضائية على الدستورية متوخيا بها رد عدوان على حقوق متنازع عليها في هذه الخصومة من خلال نرضية قضائية تزيل الأثر المترتبة على الإخلال بها بصفة كاملة ونهائية. وهذه هي النرضية القضائية في صورتها التقليدية، وإما أن يقصر طلبه في دعوى يقيّمها على مجرد تقرير ما إذا كان محقا فيها.

وهذه هي النرضية القضائية التي تكفلها جهة الرقابة القضائية على الدستورية عن طريق إصدارها حكما تقريريا لا يبطل النصوص القانونية المطعون عليها، ولا يجردها من آثارها، ولا يعطل قوة نفاذها، وإنما يقتصر على مجرد تقرير اتفاقها أو تعارضها مع الدستور، دون زيادة أو نقصان. كأن يتحوط أحد الممولين في مواجهة ضريبة فرضها المشرع بالمخالفة للدستور، فلا يقيم الخصومة الدستورية لإبطالها، وإنهاء آثارها، من خلال إعدام النصوص القانونية التي أنشأتها، وإنما يقتصر طلبه على دعوة جهة الرقابة على الدستورية لأن تقرر من خلال الخصومة

(١) Willing v. Chicago Auditorium Association, 277 U.S. 274 (1928).

(٢) United States v. Freuhauf, 365 U.S. 146 (1961).

(٣) قول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية إن عبارة الخصومة الدستورية، مكونة من كلمتين وتبلور قدينا، وإن تكاملا. إلا أنها مختلفين. فمن ناحية مودى هاتين الكلمتين إلزام المحاكم بالأصل في غير خصومة تبلغ حدة النزاع فيها أبعادا حقيقية، ويكون موضوعها قابلا للفصل فيه. ومن ناحية أخرى فإن هاتين الكلمتين تفصلان الوظيفة القضائية عن الوظيفة التشريعية والتنفيذية، وتحولان دون أن تقدم المحاكم نفسها في أعمال عهد الدستور بها إلى هاتين السلطتين.

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83, 94-97 (1968).

التي رفعها، اتفاق هذه الضريبة خصائصها مع الدستور أو مخالفتها لأحكامه. وعلى الهيئة القائمة على تنفيذ قانون الضريبة، أن تتريص للحكم الصادر في هذا النزاع، وإلا كان مضيقا في تطبيق هذا القانون قبل ذلك الحكم، عملا مخالفا للدستور.

ويلبني أن يلاحظ في هذا المقام، أن الطعن على ذلك للقانون لا يعتبر كالدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاع في خصومة قضائية قائمة، إذ هو طعن مباشر على نصوص قانونية نافذة. ولا يعتبر الحكم الصادر في هذا الطعن من قبيل الآراء الاستشارية التي تقدمها جهة الرقابة على الدستورية إلى السلطة التي تطلبها منها في شأن مسائل دستورية تطرحها عليها في صورة مجردة. وإنما يعتبر هذا الحكم صادرا في خصومة بمعنى الكلمة^(١)، مقرا ما لكل من أطرافها من حقوق اختلفوا عليها فيما بينهم. ويظل الحكم تقريرا، ولو كان بالإمكان الحصول على ترضية قضائية من وجه آخر.

ومن ثم تشارك الأحكام التقريرية، الآراء الاستشارية من جهة خصائصها وآثارها، ولكنها تتوافق معها من زاوية امتناع تنفيذها بالوسائل الجبرية Execution by Coercive Order^(٢).

ولئن جاز القول بأن الأصل في النصوص القانونية المطعون عليها في الخصومة الدستورية، أن يكون تجريحا وإدعاء مخالفتها للدستور من خلال دفع بطرح كوسيلة دفاع في نزاع موضوعي، إلا أن الخصومة الدستورية التي يكون موضوعها إصدار حكم يقتصر على بيان حقيقة الأمر في شأن الحقوق المتنازع عليها بما يثبتها لأصحابها، أو ينفيها عن يدعونها، تتحل في مضمونها إلى طعن مباشر على النصوص القانونية التي تتعلق بها هذه الحقوق.

وقد عارض القضاء الأمريكي في البداية إصدار أحكام تقريرية بوصفها قضاءا شبيها بالآراء الاستشارية صادرا في غير خصومة حقيقية، بما يخرجها عن إطار الوظيفة القضائية؛ إلا أن هذا القضاء انحاز بعد تردد إلى مفهوم الأحكام التقريرية. ومن ثم أصدر الكونجرس الأمريكي تشريعا ينظمها، ويحول السلطة القضائية للقدرة على حق إصدارها بشرط أن تقيما على وقائع

(١) Alabama state federation of labor v. McAdory, 325 U.S. 450 (1945).

(٢) انظر في ذلك نورمان ريلش؛ ويرنولد شولتز؛ وجون أفانسيو في ص ٢٢، ٢٣ من طبعة ١٩٩٧ من مؤلفهم:

ثابتة Established Facts Upon، قائمة في خصومة قضائية يقتصر محلها على بيان حقوق أطرافها، ولو كان في نيتهم الحصول فيما بعد على ترصية قضائية إضافية، أو كسان بوسعهم الحصول عليها^(١).

Whether or not further relief is or could be sought.

وتطبيق هذه الشروط في شأن الأحكام التقريرية، موداه أن الحق في إصدارها ليس من الحقوق المطلقة، وإنما يجوز أن يقيد المشرع إصدارها بما يراه ضروريا أو ملائما من القيود، كأن يمنعها إذا كان هدفها تعويق تحصيل ضريبة فرضها^(٢)، وكأن يشترط محكمة ثلاثية التشكيل لإصدارها إذا تعلق موضوع الأمر بتحديد الأسعار^(٣) أو بمنازعات العمال^(٤).

(١) NASHVILLE, C. V. WALLACE, 288 U.S. 249 (1933).

وتتخلص وقائع هذه القضية في أن المحكمة العليا للولايات المتحدة، كانت قد قبلت مراجعة حكم تقريبي أصدرته إحدى الولايات. وقد قضت المحكمة العليا بجواز إصدار هذا الحكم مستندة في ذلك إلى ولبائع القضية وحاصلها أن شركة كانت مهتدة بضريبة تدعى مخالفتها للدستور من جهة عبئها على تنفق التجارة بين الولايات، وأن مثل هذا النزاع لا يعتبر فرضيا، بل واقعا، وأن حق محاكم الولايات في إصدار أحكام تقريرية، مقيد بطلب المدعين حقوقا يتمتعون بها ويمارضهم المدعى عليهم في استحقاقهم لها.

See also, E.g., Currin v. Wallace, 306 U.S. 1 (1939); Ashwander v. TVA, U.S. 288 (1936); Evers v. Dwyer, 358 U.S. 202 (1958).

(٢) 26 U.S.C. S 7421 (a).

(٣) Lockerty v. Philips, 319 U.S. 182 (1943).

(٤) See F. Frankfurter and I. Grean, The Labor Injunction (New York; 1930).

المبحث العاشر

عدم جواز الفصل في خصومة دستورية لم تصدر

المحكمة الأدنى قرأوا نهائيا فيها

٤٣١- تتوزع الرقابة القضائية على الدستورية في الدول الفيدرالية بين السلطة القضائية الاتحادية من جهة، والسلطة القضائية المحلية في النطاق الإقليمي لكل ولاية من جهة أخرى. ومن ثم لا تتركز هذه الرقابة في محكمة واحدة تطو للنظام القضائي بكل مفرداته. وإنما تباشر المحكمة الاتحادية الأعلى في ربوع الاتحاد جميعها، رقابتها على المحاكم الأدنى بوصفها درجة استئنافية.

وشرط ذلك أن تصدر المحكمة الأدنى قرأوا نهائيا في الخصومة المطروحة عليها. ولا يكون القرار كذلك إلا إذا كان فاصلا بصفة قطعية في حقوق أطرافها، وبما يقدهم جميعا بمضمونه. فإذا كان القرار غير ملزم لهم، أو كان نفاذه معلقا على تصديق جهة إدارية، أو كان غير فاصل في الحقوق المدعى بها سواء بإثباتها أو بنفيها، فإن المحكمة الاتحادية الأعلى لا تباشر رقابتها على الخصومة التي نظرتها للمحكمة الأدنى.

وليس شرطا لنهائية القرار الصادر في هذه الخصومة، أن يكون قابلا للتنفيذ جبرا. ذلك أن قابلية الأحكام القضائية لتنفيذها جبرا، وإن كان أصلا فيها يلزم الصورة الطبيعية لمجرأما، إلا أن من الأحكام القضائية كالأحكام التقريرية، ما يقتصر على مجرد الفصل فيما إذا كان المدعى محقا أو غير محق في دعواه. ومن ثم لا تعتبر خاصية تنفيذ الأحكام جبرا، جزءا من مكوناتها، ولا عنصرا جوهريا في الوظيفة القضائية^(١).

While the Ordinary course of judicial procedure results in a judgment requiring an award of process or execution to carry it into effect, such relief is not an indispensable adjunct to the exercise of the judicial function.

ومن المقرر قانونا أن لكل ولاية السلطة التي تخولها أن تحدد بنفسها طرائق اتصال المسائل الدستورية بمحاكمها، وكيفية مناقشتها، وأحوال الطعن استئنافية في الحكم الصادر فيها.

(١) Nashville C, and St. L.Ry v. Wallace, 288 U.S. 249, (1933).

ولا يجوز بالتالي أن يثير خصم أمام محاكمها مسائل دستورية إلا وفق القواعد الإجرائية التي فرضتها تشريعاتها كإطار للفصل فيها، وإلا اعتبر متخليا عن الحقوق الفيدرالية التي يدعي الإخلال بها. وإلى المحكمة الفيدرالية الأعلى في ربوع الاتحاد، يعود أمر الفصل فيما إذا كان عدم تقيد الخصم بالقواعد الإجرائية التي فرضتها الولاية للحصول على الحقوق الفيدرالية، يعتبر تخليا عنها^(١). ذلك أنه مما ينفي التخلي عن هذه الحقوق، أن تنقتر القواعد الإجرائية التي حددتها الولاية لاقتضاها، إلى الحد الأدنى من الفرص المعقولة للحصول عليها، كسماع أقوال الخصم وتحقيق دفاعه.

والولاية بالتالي أن تجعل إثارة المسائل الدستورية مقصورة على وسيلة دون أخرى، أو في مرحلة زمنية معينة. فذلك مما يدخل في سلطاتها^(٢).

ويتعين دوما أن يحدد الخصم بصورة جلية للمسائل الفيدرالية التي طرحها على محاكم الولاية للفصل فيها، وأن يبين كذلك أسسها بما لا تجهيل فيه، حتى تبصرها محكمة الولاية بأكثر قدر من التحديد، وفي الوقت الملائم لعرضها.

وينبغي أن يلاحظ أن للكونجرس السلطة الكاملة التي يقرر بها اختصاص المحاكم الفيدرالية دون غيرها بالفصل في المسائل الفيدرالية، ويندرج تحتها سلطته في نقل المسائل الفيدرالية من محاكم الولاية إلى المحاكم الفيدرالية، كلما وجد ذلك ملائما.

٤٣٢- وما تقدم مؤداه: أن القضاء الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية، لا يختص بمراجعة قضاء الولاية إلا إذا صدر حكم عنها في المسائل الفيدرالية. أما المسائل المحلية للولاية، فلا شأن للقضاء الفيدرالي بها، وهو ما يكفل لكل ولاية استقلالها قضائيا وتشريعا. وكان منطوقا بالتالي أن تحظر القوانين الفيدرالية على المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أن تفصل في مسائل محلية تتعلق بالولاية، كالفصل في مشروعية قراراتها الصادرة وفقا للنظم المعمول بها فيها. وحتى بالنسبة إلى المسائل الفيدرالية، فإن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لا اختصاص لها بنظرها، إذا قام الحكم الصادر في الولاية على دعامين إحداهما فيدرالية وأخرهما

(١) Parker v. Illinois 333 U.S. 571, 574 (1948).

(٢) Williams v. Georgia 349 U.S. 375, (1955).

غير فيدرالية، وذلك بشرط أن يكون للدعامة غير الفيدرالية ذاتيتها واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية بما يسوغ عقلا فصلها عنها؛ وأن تكون للدعامة غير الفيدرالية ملائمة وكافية وحدها لتأسيس قضاء للحكم عليها.

ويعتبر شرط ملائمة الدعامة غير الفيدرالية، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية، ضماناً لحماية مصلحة الولاية في تطبيق وتطوير تشريعاتها الإجرائية والموضوعية.

فلو أن حكماً صدر لمصلحة المتهم بناء على كل من دستور الولاية ودستور الاتحاد، فإن مراجعة المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لهذا الحكم، لا تجوز نزولاً منها على قواعد توزيع الاختصاص القضائي بين محاكم الولايات من جهة، والقضاء الفيدرالي من جهة أخرى. ذلك أن هذه القواعد بضوابطها تتوخى ما يأتي:

١. ضمان استقلال قوانين الولايات وتوكيد ذاتيتها، بما في ذلك تطبيقها لمساتيرها المحلية التي قد توفر لمواطنيها حقوقاً أكثر شمولاً من تلك التي ينص عليها دستور الاتحاد.
٢. ضمان سمو القوانين الفيدرالية وتوحيد تطبيقاتها من خلال تقويم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، لأخطاء محاكم الولاية في شأن الأسس الفيدرالية التي تقيم أحكامها عليها.
٣. دعم النظام السياسي في الولاية من خلال تنحية أحكامها للقائمة على تطبيق القوانين الفيدرالية بما يناقض قواعدها.

على أن القرينة تعمل دائماً في اتجاه تحويل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية سلطة مراجعة قضاء الولاية إذا كان الحكم الصادر فيها يرتكز بصفة رئيسية على القانون الفيدرالي، أو يزوج بين القوانين الفيدرالية والقوانين المحلية، وكان ظاهر الحكم لا يدل على ملائمة الدعامة غير الفيدرالية التي استند إليها، واستقلالها عن الدعامة الفيدرالية. وهو ما يتحقق إذا صدر الحكم بافتراض أن مضمونه لا يناقض القوانين الفيدرالية، وإنما يطبقها^(١).

(١) Michigan v. Long 463 U.S. 1032 (1983)

وينبغي أن يلاحظ أن القوانين الإجرائية المعمول بها في الولاية، هي التي تحدد الكيفية التي تقدم بها المسائل الفيدرالية إلى محاكم الولاية، ما لم يكن القانون الفيدرالي الموضوعي قد قرن القضاء الحقوق الفيدرالية بتحديد القواعد الإجرائية للمتطقة بطلبها والتداعي بشأنها.

فإذا لم يلتزم المدعى في الخصومة الدستورية بالقواعد الإجرائية التي حددتها قوانين الولاية أصلا للنظر في المسائل الفيدرالية، فإن محكمة الولاية قد تقضي ضده بغير خوض من جانبها في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها.

وتفصل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية -رباعتبارها السلطة النهائية التي تحدد ما يدخل في ولايتها- فيما إذا كانت المسألة الفيدرالية قد تم عرضها على محكمة الولاية بصورة كافية وسليمة، وذلك حتى لا تزل مصلحة الولاية في تطبيق قواعدها الإجرائية، بالأسس المنطقية لعرض المسائل الفيدرالية عليها.

فإذا كانت القواعد الإجرائية في الولاية جديدة كل الجدة بحيث لم تنح للمدعى في الخصومة الدستورية فرصة حقيقية للخضوع لها، فإن استيفاء لهذه القواعد لا يكون مطلوبا كشرط للنظر في الحقوق الفيدرالية التي يدعيها^(١). وكذلك الأمر إذا كان تطبيق محاكم الولاية لقواعدها الإجرائية خاضعا لمطلق تقديرها^(٢) أو كان تطبيقها يفرض قيودا ثقيلة الوطءاء على الحقوق الفيدرالية بما يعرقل -وفي غير مصلحة ظاهرة للولاية- فرص الحصول على هذه الحقوق^(٣).

(١) *Reece v. Georgia*, 350 U.S. 85 (1955); *NAACP v. Alabama ex rel. Patterson*, 357 U.S. 449, 457 (1958).

(٢) *Williams v. Georgia*, 349 U.S. 375 (1955).

(٣) *Henry v. Mississippi*, 379 U.S. 443 (1965).

المبحث الحادي عشر

امتناع الفصل في خصومة دستورية لا تتوافر لرافعها

فيها مصلحة شخصية مباشرة

٤٣٣- يركز شرط المصلحة للشخصية المباشرة على من يقيم الخصومة الدستورية طلباً لحقوق يدعيها أمام قضاء الشرعية الدستورية^(١). إذ يتعين على المدعى فيها أن يبدل أولاً على أن ضرراً واقعياً Injury in Fact قد أصابه فعلاً من جراء تطبيق النصوص القانونية المطعون عليها في حقها، أو أن هذا الضرر يهدده من وراء هذه النصوص المظنون مخالفتها للدستور. وعليه أن يبين كذلك أن هذه الأضرار الواقعية ناجمة عن النصوص القانونية المطعون عليها لتكون هذه النصوص سببها أو مصدرها Causation Requirement، وأن بالإمكان نسوية الأضرار التي أحدثتها فعلاً أو التي تنهدده عقلاً، من خلال ترضية قضائية تتركها وتحيط بها، وتقدم الوسائل الملائمة لجبرها Redressability.

٤٣٤- وهذه الشروط جميعها والتي تقوم بها المصلحة للشخصية المباشرة، هي التي جمعتها المحكمة الدستورية العليا بقولها.

>خطر المصلحة الشخصية المباشرة- يتفيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا في الخصومة الدستورية من جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية وتصورتها المجردة. وهو كذلك يقيد تدخلها في تلك الخصومة القضائية، ويرسم تخوم ولايتها، فلا تمتد لغير المطاعن التي يؤثر فيها الحكم بصحتها أو بطلانها على النزاع الموضوعي، وبالقدر اللازم للفصل فيها. ومواده ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم، سواء أكان هذا الضرر وشيكاً يهددهم، أم كان قد وقع فعلاً. ويتعين دوماً أن يكون هذا الضرر منفصلاً عن مجرد مخالفة النص المطعون عليه للدستور، مستقلاً بالعناصر التي يقوم عليها، ممكناً تحديده ومواجهته بالترضية القضائية لتسويته، علماً في مصدره إلى النص

(١) تركز الخصومة الدستورية بصفة رئيسية على الطرف الذي يسعى للحصول على الترضية القضائية من المحكمة، وبصفة ثانوية على المسائل الدستورية التي يطرحها عليها للفصل فيها. وتلك خاصية جوهرية يتميز بها شرط المصلحة عن غيره من العناصر التي يرتبط بها -حتمياً- الفصل في هذه الخصومة.

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83, 99 (1968).

المطعون عليه. فإذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلاً على من ادعى مخالفته للمستور، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه، أو كان قد أفاد من مزايده، أو كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة. ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الصور جميعها، لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية، عما كان عليه قبلها. ولا يتصور بالتالي أن تكون الدعوى الدستورية أداة يعبر المتداعون من خلالها عن آرائهم في الشؤون التي تعنيهم بوجه عام، أو أن تكون نافذة يعرضون من خلالها ألوأنا من الصراع بعيداً عن مصالحهم الشخصية المباشرة، أو شكلاً للحوار حول حقائق علمية يطرحونها لإثباتها أو نفيها، أو طريقاً للدفاع عن مصالح بذواتها لا شأن للنص المطعون عليه بها. بل تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها -التي كثيراً ما تؤثر في حياة الأفراد وحرمانهم وحريةهم وأموالهم- بما يكفل فعاليتها. وشرط ذلك إعمالها عن بصر وبصيرة، فلا تقبل عليها اندفاعاً، ولا تعرض عنها تراخياً. ولا تقتحم بممارستها حدوداً تقع في دائرة عمل السلطين التشريعية والتنفيذية. بل يتعين أن تكون رقابتها ملائماً أخيراً ونهائياً، وأن تكون وجوداً وعملاً مع تلك الأضرار التي تستقل بعناصرها، ويكون ممكناً إدراكها لتكون لها ذاتيتها.

ومن ثم يخرج من نطاقها ما يكون من الضرر متوهماً أو منتحلاً أو مجوداً *In abstracto* أو يقوم على الافتراض، أو التخمين *Conjectural*.

ولازم ذلك، أن يقوم الدليل جلياً على اتصال الأضرار المدعى وقوعها بالنص المطعون عليه، وأن يسعى المضرور لدفعها عنه، لا ليؤمن بدعواه الدستورية -وكأصل عام- حقوق الآخرين ومصالحهم، بل ليكفل إنفاذ تلك الحقوق التي تعود فائدة صونها عليه *In Concreto*.

٤٣٥- والتزاماً بهذا الإطار، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، شرط لقبول الدعوى الدستورية، ومناطقها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المطاعن الدستورية لازماً للفصل في النزاع الموضوعي^(١).

(١) القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٣ يولييه ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ ص ٥٠-٥٢ من الجزء الملعب من مجموعة أحكام المحكمة.

وبين كذلك من قضاء هذه المحكمة أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تتحقق إلا بتوافر شرطين أو عنصرين يتكاملان مما في تحديد مفهومها:

أولهما: أن يقيم المدعى في الخصومة الدستورية -وفي حدود الصفة التي اختصم بها- النصوص المطعون عليها- الدليل على أن ضرا واقعا قد أصابه من جراء تطبيق هذه النصوص في حقه. ويتعين أن يكون هذا الضرر مباشرا، وأن يستقل بعناصره، وأن يكون بالإمكان إدراكها ومواجهتها بالترضية القضائية.

ثانيهما: أن تعود الأضرار المدعى بها إلى النصوص القانونية المطعون عليها، فلا تكون هذه النصوص إلا سببها، وإلها ترد هذه الأضرار باعتبار أنها هي التي أحدثتها ورتبتها.

وبذلك هي علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية المطعون عليها باعتبارها أداة تحقيق هذه الأضرار^(١).

وتتحقق جهة الرقابة على الدستورية بنفسها من توافر شرط المصلحة للشخصية المباشرة باعتباره من الشروط الجوهرية التي لا تغل الخصومة الدستورية في غيبتها. ويبلور هذا الشرط كذلك فكرة الخصومة في الدعوى الدستورية؛ ويؤكد حدة التناقض بين مصالح أطرافها، طلبا لحقوق بذواتها تتمثل فيها المنفعة القانونية التي أقام المدعى دعواه لاقضائها. ومن ثم يكون الحصول على هذه الحقوق غاية نهائية لهذه الخصومة التي لا ترتبط المصلحة فيها بتوافق النصوص المطعون عليها مع الدستور أو تخالفها.

وليس لمحكمة الموضوع أن تتحقق بنفسها من توافر شرط المصلحة في الخصومة الدستورية أو تخلفه. ذلك أن لكل من الدعويين الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها، فلا تختلطان ببعضهما، ولا تتحدان في شرائط قبولهما.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة ٨ إبريل ١٩٦٥- قاعدة رقم ٤٠ -س ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا وأنظر كذلك دستورية عليا القضية رقم ٢٤ لسنة ١٢ قضائية "دستورية" -جلسة أول يناير ١٩٦٤- القاعدة رقم ١١ -س ١١٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وإنما تستقل كل منهما عن الأخرى في موضوعها. وكذلك في الشروط التي يتطلبها القانون لجواز رفعها^(١).

وتظهر الحكومة أمام المحكمة للدستورية العليا، وفقاً لقانونها، إما باعتبارها طرفاً ذا شأن في كل خصومة دستورية -لما كان موضوعها أو المدعين فيها- فلا يرتبط متولها فيها -وعملاً بنص المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا- بمصلحتها الشخصية المباشرة، بل يكون واقعاً بقوة القانون بقصد إعلامها بمضمون ونطاق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور، حتى تحدد موقفها من المطاعن التي نسبها المدعى في الخصومة الدستورية إلى هذه النصوص، وتقدم أوجه دفاعها بشأنها خلال المواعيد التي حددتها المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا^(٢)؛ وإما بوصفها مدعية في خصومة دستورية تقيمها بنفسها نعيًا على نصوص قانونية تراها مخالفة للدستور. وفي هذه الحالة لا تقبل هذه الخصومة إلا بتوافر مصلحتها الشخصية والمباشرة في رفعها.

ذلك أن من غير المتصور أن توجه جهدها للدفاع عن نصوص قانونية ظاهر بطلانها، وإلا صار دورها منحصراً في العمل بلا كلل على إجهاض مطاعن يوجهها الأفراد إلى النصوص القانونية، وكأن مخالفة الدستور واقعة في إطار مهملها..

ومن ثم كان منطقياً، بل ضرورياً، أن يكون للحكومة الدور الأكبر في بناء الشرعية الدستورية، وأن يكون دفاعها عنها صارماً، ولو من خلال الخصومة الدستورية تقيمها لرد عدوان على حقوق كفلها الدستور لها.

(١) "دستورية عليا" -قضية رقم ١٠ لسنة ١٣ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ -قاعدة رقم ٢٣ ص ٢٦١ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها
(٢) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٦ ص ٢٢٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا هي التي تتولى تحضير الدعوى الدستورية بعد انقضاء المواعيد المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا. ثم تعد في النهاية رأيها المجايد في شأن الجوانب الواقعية والقانونية والدستورية لهذه الدعوى.

انظر كذلك القضية رقم ١٩ لسنة ١٥ ق "دستورية" جلسة ٨ أبريل ١٩٩٥ -قاعدة رقم ٩٠ ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء السادس من هذه المجموعة.

٤٣٦- وفي مجال تطبيق شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتعين أن يلاحظ أن ثمة مسائل دستورية تترك للمواطنين في مجموعهم، أو تأثير اهتمام فريق عريض منهم. فلا يكون طلبهم الفصل فيها واقعا في اختصاص جهة الرقابة على الدستورية التي لا يعنها غير الخصومة الدستورية التي تتغيا صون الحقوق الشخصية لرفعها ورد العدوان عليها. ولا كذلك المسائل الدستورية العريضة في اتساعها، والتي يتقاسم هومها أشخاص يعينهم أمرها بوجه عام Generalized Grievances ويصوغونها في صورة مجردة. ولا يتصور أن تعالجها غير السلطة التشريعية المنتخبة بالنظر إلى عموم مشكلاتها. وتطلقها بنظر غير من المواطنين، يشارك بعضهم بعضها فيها^(١) كأن ينشأ مواطن عن عقوبة الإعدام التي فرضها المشرع أنها لا تصدر بإجماع آراء قضاة المحكمة التي أصدرت الحكم، أو أن الطعن فيها لا يقع بقوة القانون، أو أنها عقوبة قاسية. وكذلك إذا لم يكن المواطن مقيما في الدائرة الانتخابية التي يطعن في القانون الخاص بتقسيمها. فذلك كله مما يدخل في عموم المسائل التي يهتم المواطنون بها بوجه عام.

وإذا كان الأصل في الخصومة الدستورية ألا تقبل إلا إذا أقامها المدعي فيها طلبا لحقوق يختص بها Of His Own فإن نظر هذه الخصومة لا يجوز بالتالي -وكأصل عام- إذا كان موضوعها خاصا بحقوق آخرين Third Party. وهو ما لطرد عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا فيما قرره من أنه لا يجوز كأصل عام أن يقدم المدعي دعواه الدستورية ليصون بها حقوق الآخرين ومصالحهم، وإنما يجب أن يتقيا بها ضمان تلك الحقوق التي تعود عليه فائدة حاصلتها In Concrete^(٢).

ويتعين دوما أن تكون الحقوق التي يختص المدعي في الخصومة الدستورية بها، والتي يقيمها لرد العدوان عليها، من الحقوق التي كفلها الدستور أو المشرع، وواقعة في منطقة المصالح التي يكفلتها.

٤٣٧- وقد يكون المدعي في الخصومة الدستورية هو السلطة التشريعية ذاتها، أو منظمة تتنازل من أجل الدفاع عن حقوق تملكها وفقا للدستور. وتظل المصلحة الشخصية المباشرة في مفهومها المتطور تحييزا -لا عن حقوق يدعيها رافعها من خلال خصومة يشوبها التحيز- وإنما عن حقوق فاطعة في وضوحها يشك للنزاع حولها بين طرفي الخصومة الدستورية، فذلك وحده

(١) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984); Gladstone Realtors v. Village of Bellwood, 441 U.S. 91 (1979).

(٢) القضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٦٢٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

هو ما ينير الطريق لجهة الرقابة على الدستورية، كي تفصل في المسائل الدستورية التي تثيرها، أيا كان قدر صعوبتها.

بما موداه أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يتوخى ألا يجز قضاة الشرعية على الدستورية إلى الفصل في خصومة دستورية لا تزال عناصرها في دور التطور^(١)، ولا في نزاع مع السلطتين التشريعية والتنفيذية لا طائل من ورائه. ذلك أن تجنبها مثل هذا النزاع العقيم وإن كان من واجباتها؛ إلا أن من مهامها كذلك ألا تتصل عن كل مواجهة تكون السلطة التشريعية أو التنفيذية طرفاً فيها. ذلك أن لجهة الرقابة على الدستورية مركز خاص في مجال فرض كلمة الدستور وإعلانها. وليس لها أن تنظر إلى المسائل الدستورية التي تفصل فيها باعتبارها عناصر دخيلة أو عرضية على وظيفتها القضائية. إذ يعكس الفصل في هذه المسائل جوهر وظيفتها. كذلك فإن جهة الرقابة على الدستورية هي الأكثر قدرة على تطوير الدستور، وعرض القيم التي يحتضنها، لا تنقيده في ذلك بغير الخصومة القضائية كإطار وحيد للفصل في المسائل الدستورية.

المطلب الأول

عناصر المصلحة الشخصية المباشرة

٤٣٨- في قضاء المحكمة الدستورية العليا، تقوم المصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية على اجتماع العناصر الآتية:

أولاً: أن يكون المدعى في هذه الخصومة قد أضر شخصياً من النصوص القانونية التي دعى عليها مخالفتها للدستور.

ثانياً: أن تقوم علاقة منطقية بين النصوص المطعون عليها، والأضرار التي يقال بأن هذه النصوص قد أحدثتها، بما يجعل هذه النصوص سبباً لتلك الأضرار ما كان منها قائماً أو وشيكاً Actual or threatened injury. فإذا تضر رد الأضرار التي يدعيها إلى النصوص المطعون عليها، تعين الحكم بانتفاء مصلحته الشخصية في طلب إبطالها.

(١) القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٣ يناير ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٧٣ - ص ١٠٦٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها

ثالثاً: أن تتحدد هذه الأضرار على نحو يكفل إدراكها، ومواجهتها بالتضحية القضائية لتسويتها. وشرط ذلك هو تعينها بما ينفي التجهيل بها، وأن يكون رد المضار التي رتبها للنصوص المطعون عليها في شأن من أصابهم بعينها، مما يدخل في ولاية الجهة القضائية.

٤٣٩- ولأن الأضرار الواقعية الناجمة عن تطبيق النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور؛ لا تتعلق إلا بالمدعى في الخصومة الدستورية التي ما رفعها إلا لرد آثارها وتسويتها من خلال التضحية القضائية التي يطلبها؛ فقد صار أمراً مقضياً أن يقوم الدليل على الأضرار التي يدعيها.

وكما افترض المشرع بنص قانوني، تحقق مضار بعينها في أشخاص بنواتهم من جنس أو أعمال حددها، جاز لهؤلاء جميعهم أن يقوموا بالخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم التي جحدتها هذه الأعمال، بعد أن افترض المشرع تحقق مصلحتهم في إنهاء آثارها^(١).

ويظل الأصل في الخصومة الدستورية، هو أن يبرهن رافعها على أن ضرراً شخصياً واقعياً قائماً أو راجح الوقوع -لا تصوراً فرضياً أو تخيلاً- قد لحق به من جراء عمل يناقض الدستور، سواء كان هذا الضرر حالاً، أم كان يتهدد؛ قائماً أم راجحاً تحققه. فلا يكون مظلوماً أو متوهماً أو متحلاً أو مستعصياً على التحديد، أو واقعاً في إطار عام يشمل للمدعى وغيره من المواطنين، بما يحول دون تمييزه عن الآخرين في العناصر التي يقوم عليها^(٢).

وهذا المعيار العام في تحديد الأضرار للشخصية الواقعية التي ترتبط بها المصلحة المباشرة في الخصومة الدستورية، يستحيل تطبيقه بصفة آلية في كل خصومة بغض النظر عن واقعها وظروفها. وإنما تخوض جهة الرقابة على الدستورية في عناصر كل خصومه على حدة، وتستظهر مفرداتها كي تمحصها استقلالاً عن سواها. فإذا كان إمسакها بهذه الأضرار، وإدراكها لحقيقتها وأبعادها غير مستطاع لتعذر تشخيصها، فإن شرط المصلحة للشخصية المباشرة يكون منقياً.

(١) See Monaghan, "Constitutional Adjudication: The who and when", 82 Yale law journal, 1363, 1375- 79 (1973); Laurence H. Tribe, American Constitutional Law. Second edition, p 112.

(٢) Gladstone, Realtors v. Bellwood, 441 U.S. 95, 113 (1983).

بما مؤداه أنه في مجال تقييم الأضرار التي يقول المدعى بأن النصوص القانونية للمطمعون عليها، قد أحدثتها؛ فإن تحديدتها على ضوء معيار عام يحيط بصورها جميعها، لا يتصور. والأدق أن ينظر لكل حالة على حدة، وأن يكون تقييمها على ضوء طبيعة الأضرار المدعى بها وخصائصها، وأن نستبعد منها تلك المضار التي يتخذ تحديدتها بدرجة كافية تؤهل لتعيينها، وتقرير الترضية القضائية التي تناسبها.

ويكفي بالتالي أن يكون الضرر المدعى به مائلا، وليس شرطاً أن يكون مكتمل العناصر وقت رفع الخصومة الدستورية. بل يجوز أن تستوفي هذه العناصر صورتها مستقبلاً، وإلا صار وقوع الضرر فعلاً - لا رجحان حدوثه - شرطاً في الخصومة الدستورية. فلا يكون مناط قبولها مضار متوقعة فعلاً بل قائمة فعلاً. وفي ذلك تضيق للرقابة على الدستورية دون مقتض^(١).

فالمخاطبون بالجريمة يستلمون التكاليف على تعلقها بأفعال لا يجوز من منظور اجتماعي - تأنيهاً، أو أن العقوبة التي حددها المشرع لها، ينفرط تناسبها بصورة ظاهرة ودرجة خطورة هذه الجريمة؛ أو أن النص العقابي يفترض المسؤولية الجنائية بدلاً عن إثباتها؛ أو نمحس عقاباً عن الفعل الواحد أكثر من مرة؛ أو لأجل بحرية العقيدة، إلى غير ذلك من صور إهدار أو انقاص الحقوق التي كفلها الدستور.

وقد تكون الأضرار الواقعة التي يثبتها المدعى في الخصومة الدستورية من طبيعة اقتصادية. ومن ثم تقوم بها المصلحة الشخصية المباشرة، شأنها في ذلك شأن الأضرار الواقعية غير الاقتصادية. فإذا صدر في شأن مشروع - خاص أو عام - قانون من شأن تطبيقه فصل بعض العاملين فيه من غير المواطنين، *A soon-to-be discharged alien employee*، فإن الضرر الذي يصيبهم يكون اقتصادياً في طبيعته بما يخولهم الحق في دفعه عنهم من خلال الخصومة الدستورية التي يستنهضون بها ضمان تساويهم في سوق العمل مع المواطنين^(٢) *The Equal protection Clause*.

(١) ينطبق الضرر الحال أو المهدد به في الأعم من الأحوال من خلال الإخلال بالنصوص القانونية كافة الحقوق *Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 500 (1975)*.

(٢) *Traux v. Raich, 239 U.S. 33 (1915)*

في هذه القضية كان قد صدر قانون بولاية أريزونا يعاقب بمقتضاه رب العمل الذي يستخدم أجانب يجاوزون النجبة التي حددها هذا القانون.

وقد يخل القانون بالتوازن في العلائق الاقتصادية بين المخاطبين بأحكامه، كان يخلق أسواق التجارة في وجه بعضهم؛ أو يحول دون تنافسهم المشروع من خلال صور من الاحتكار يمنحها لبعضهم، ولو لم يكن الاحتكار كاملاً^(١) أو يحمل للمستأجرين أعباء لا تتوافر لديهم بسببها أموال سائلة يستخدمونها في شراء احتياجاتهم؛ أو يجرّد بعض الناس من ملكيتهم دون تعويض؛ أو يصادر جانباً من أموالهم بغير حكم قضائي؛ أو يفترض تهريبهم مسلحاً قاموا باستيرادها؛ أو يفرض عليهم ضريبة تفقّر إلى موازين العدالة الاجتماعية، أو يقرن مجرد التأخير في دفعها، ولو ليوم واحد، جزاء صارم باهظ التكلفة.

ففي هذه الصور جميعها، تتوافر للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة في الطعن على دستورية النصوص القانونية التي تخل بحقوقه التي كفلها الدستور، كالحق في ضمان العدالة الاجتماعية عند فرض الضريبة؛ وفي التوازن في العلائق الإجارية؛ وفي صون الملكية الخاصة؛ وفي أن يتحمل المواطنون وفق قواعد موحدة أعباءهم المالية؛ وفي مقابلة التزاماتهم بحقوقهم في صورة منطقية.

ولا كذلك الخصومة الدستورية التي يقيمها أحد الممولين لضريبة ما، والتي ينازع بها -رب قصد خفض مقدار الضريبة التي يتحملها- في كيفية إنفاق الدولة التي فرضتها لإيرادها العام.

ذلك أنه حتى بالفراض سوء إنفاقها لهذه الموارد وصرفها لها في غير وجهتها، إلا أن سنها أو سوء تدبيرها لشئونها من خلال إنفاقها لأموالها في غير موضعها، ليس ضرراً ينال هذا الممول وحده، بل هو من قبيل الهموم التي يعتري المواطنون جميعهم شركاء فيها، والتي تلبور قيمهم ومصلحتهم الأيديولوجية التي يدافعون عنها بوجه عام Generalized ideological interests. فضلاً عن أن من غير المحقق أن تفرض الدولة الضريبة بقدر أقل من مبلغها المقرر قانوناً إذا قام الدليل على إساءتها استخدام أموالها وإنفاقها لها في غير مصلحتها المقررة قانوناً. فلا يكون لهذا الممول بالتالي مصلحة شخصية ومباشرة في دعواه الدستورية.

(١) Association of Data Processing Service Organizations v. Camp, 397 U.S. 150 (1970); Harden v. Kentucky Utilities Co. 390 U.S. 1 (1968).

على أن ما تقدم لا يجوز أن يؤخذ على إطلاق. فالمعونة المالية التي تقدمها الدولة لدعم عقيدة تصطفها وترجيحها على ما سواها من العقائد، يجوز للمعلن بعدم دستوريته في الدول التي لا دين لها.

لا لأن هذه المعونة تتمحض تمييزاً تبسط به الدولة يدها لإتفاق المال العام في غير لوجهه، وإنما لأن تقرير هذه المعونة أو منحها، يخل بتكافؤ الأكيان فيما بينها، وبامتناع الإحتياز لواحدة منها إضراراً بغيرها^(١).

كذلك فإن فرض الدولة لأعباء تعليمية متفاوتة على الطلبة، وتمييزها بينهم بالنظر إلى درجة ثرائهم، يناهض تساويهم في الحقوق التي يملكونها قبل معادهم التعليمية. ويناقض كذلك وحدة العملية التعليمية وتكامل مراحلها وضرورة النفاذ لها وفق شروط موحدة لا تميز فيها بناء على الثروة. ولهؤلاء الطلبة بالتالي وكذلك لأبائهم حق المنازعة في دستورية هذه الأعباء^(٢).

كذلك تقوم للمدعى في الخصومة الدستورية مصلحة شخصية ومباشرة في الملعلن على السياسة التي تنتهجها الدولة لتنظيم أوضاعها البيئية وحمايتها من ملوثاتها. ذلك أن سياستها هذه -التي قبلوها تشريعاتها- لها جوانبها الإيجابية والسلبية التي تؤثر في نوعية الحياة التي يعيشها المدعى؛ شأنها في ذلك شأن سياستها الاقتصادية التي تؤثر في درجة رعايته. وذلك كله بشرط أن يكون للأضرار التي يعانيها من جراء ذلك، ذاتيتها التي لا تختلط بأضرار المواطنين في مجموعهم، ولو لم تكن الأضرار التي أصيب بها، متفردة بخصائصها Unique to the litigant.

ذلك أن المصلحة الذاتية لكل شخص في بيئة نظيفة، لا بجهتها أن يكون هذا الاعتبار ملحوظاً كذلك عند آخرين يعيهم أن تكون بيئتهم مجردة من ملوثاتها. فالمصلحة الذاتية التي يتوهم الدليل عليها، لا ينحيا توافق آخرين مع مراميها وتقاسمهم اهتماماتها، ولا تحيل الخصومة الدستورية الفردية، إلى خصومة جماعية.

(١) Everson v. Board of Education 330 U.S. 1 (1947).

(٢) دستورية عليا للقضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية "دستورية" - جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١٠ ص ١٩٥ وما بعدها من الجزء السابع.

وإنما تظل هذه الخصومة على حالتها، فلا تتجرد من خصائصها الشخصية، ولا تجعل رافعها أقل استحقاقا للترضية القضائية لمجرد أن آخرين يعينهم أمرها، وإن تعين دوما أن تكون الأضرار الشخصية المدعى بها، ماثلة بعناصرها في الخصومة الدستورية كشرط لقبولها.

فالخصومة الدستورية التي تقيمها جمعية بصفتها نائبة عن أعضائها، وطعنا منها في الترخيص الصادر لمشروع ما بالتقيام بأعمال التدين في منطقة لا يتردد عليها أعضاء الجمعية، ولا دليل من الأوراق على أن أعمال التدين التي قام بها هذا المشروع، من شأنها أن تلحق بهذه المنطقة أضرارا تظل بجمالها أو بالتوازن الأيكولوجي بين عناصر بيئتها، لا يجوز قبولها^(١).

والطلبة الذين يلزمهم القانون بقراءة الإنجيل في مدارسهم، يضارون هم وأبائهم من مريان هذا القانون في شأنهم، إذا كان الحائط الفاصل بين الدولة والدين، مقررًا بنص في الدستور^(٢).

وليس لازما أن تكون المصلحة للشخصية المباشرة، قائمة بكل عناصرها وقت المنازعة في دستورية النصوص القانونية المطعون عليها، بل يكفي أن تكون مصلحة محتملة تقوم على توقي ضرر لا شبهة في إمكان تحديده إبعاده.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن المصلحة الشخصية المباشرة لا يشترط أن تكون قائمة بقرها القانون. وإنما يكفي أن يكون محتملا تحققها. ذلك أن من غير المنطقي أن يحمل الشخص على إرجاء دعواه الدستورية حتى تتحقق الأضرار التي تهدده بكاملها. وإنما يجوز دائما أن يتخذ دعواه هذه، طريقا إلى توقي وقوعها^(٣).

One does not have to await the consummation of threatened injury to obtain preventive relief.

(١) Sierra Club v. Morton , 405 U.S. 727 (1972).

(٢) Abington School District v. Schempp. 374 U.S. 203 (1963).

(٣) القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/٨/٦ - قاعدة رقم ٣ - ص ٦٧ وما بعدها مسن الجزء الثامن من مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا. وكذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٢٣ جزء ١٨ والقضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ اق دستورية - جلسة ٤ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٣٨ - ص ٦١٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

فالذين يقيمون في دار لعلاجهم، يؤرقهم التهديد بنقلهم منها إلى مكان آخر أقل في مسئولية كفاءة وتنظيما. فلا تكون الخصومة الدستورية التي يقيمونها لمواجهة هذا التهديد، غير توفيق مسن جانبهم لوقوع ضرر يتهددهم^(١). وهو ما تقره المادة ٣ من قانون المرافعات بنصها على أن التحوط لدفع ضرر محقق يندرج في إطار المصلحة المحتملة التي تكفي وحدها لتحقيق شرط المصلحة في الخصومة القضائية.

والذين يتهددهم اتهام جنائي إذا خالفوا النصوص القانونية التي حددها المشرع، ليس عليهم تبرص صدور هذا الاتهام لاختصاصها. بل تقبل دعوام الدستورية التي يتوخون بها إبطالها، حتى لا يظل احتمال صدور هذا الاتهام، مبيها مغلطا فوق رؤوسهم.

وصح بالتالي ما قرره المحكمة الدستورية العليا من أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، موداه ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير هؤلاء الذين أضربوا من جراء سريان النصوص المطعون فيها في شأنهم، سواء كان ما أصابهم من ضرر بسببها قائما، لم يكن وشعيا يتهددهم^(٢).

يؤيد هذا النظر أن شرط للمصلحة الشخصية المباشرة في الخصومة الدستورية لا يرتبط بنوع المسائل الدستورية التي تطرحها؛ ولا بطبيعة الترضية للقضائية التي يطلبها المدعي، وإنما يتعلق هذا الشرط بمركز المدعي بالنسبة إلى النصوص المطعون عليها، وبطبيعة الأضرار التي لحقت من جراء تطبيقها في حقه. وليس لازما أن تصل هذه الأضرار إلى درجة اليقين من جهة ثبوتها، بل يكفي أن يكون وقوعها محتملا، وتعيينها ممكنا. وإن ظل شرطاً في الضرر ولو كان مستقبلياً - ألا يكون تصوريا، وألا يتعلق بمصلحة لها شأن عام كمصلحة المواطنين جميعهم - في ضمان تنفيذ القانون، والتفويض بحرفيته.

(١) Blum v. Yaretsky, 457 U.S. 991, 1000 (1982).

(٢) "مستورية عليا" القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٦ ص ٢٢٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، أنظر كذلك القضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ ق "مستورية" - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٥ ص ٢٢١ من الجزء الثامن

ذلك أن الخضوع للقانون، وإن كان يؤثر في إنتاجية الفرد، ويحيط أداء العمل بالأوضاع الأفضل للتهوض به، إلا أن فرض كلمة القانون على الكلفة، أدخل إلى المفاهيم الأيديولوجية التي تدعو إلى احترامه، وضمان هيئته بناء على مجرد وجوده كقانون^(١).

وبينما لا يتصور التمييز بين المخاطبين بالقوانين الجنائية من خلال إعفاء بعضهم من تطبيقها وفرضها على باقيهم؛ وكان يجوز لمن أصابته هذه القوانين بأحكامها، أن يقوموا الخصومة الدستورية التي يناهضون بها دستورية هذا التمييز بقصد إنهاء آثاره؛ إلا أن غير المخاطبين بالقوانين الجنائية لا يملكون حق الاعتراض عليها، ولا على كيفية تطبيقها، ولو كان عليهم أن يؤاخذ المذنبون جميعهم بجرائمهم، وأن يحيطهم قصاص علل يأخذ برقابهم، خاصة وأنه لا مصلحة لمواطن في أن يكون غيره بريئاً أو مذنباً، متهماً أو مطلق السراح، على تقدير أن مثل هذه المصالح يتحذر تشخيصها^(٢) Judicially cognizable.

وقد اطرّد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المصلحة الشخصية المباشرة، مناطها ارتباطها عقلاً بالمصلحة في الدعوى الموضوعية؛ وذلك بأن يكون الحكم الصادر في الخصومة الدستورية مؤثراً في الحكم الفاصل في النزاع الموضوعي.

فلا تكون المصلحة للشخصية المباشرة غير مصلحة المدعى في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية The personal stake in the outcome of the case التي يفترض أصلاً ألا تكون ثمارها لغيره، وتتضمن كذلك التمييز بين أضرار لها من عمومها واتساعها وتجزئتها، ما يربطها بالمواطنين في مجموع فئاتهم؛ وبين ضرر خاص لا يتطرق بغير شخص معين أو بأشخاص بذواتهم، ولا يصيبهم إلا في مصالحهم الذاتية أو للفردية التي تعكسها طلباتهم للشخصية المحددة عناصرها، والتي يكون تضام مفرداتها إلى بعضها البعض، محض تعبير عن مجموع مصالحهم الفردية.

An aggregation of specific claims of interests peculiar to particular individuals.

(١) Stewart, The reformation of Administrative law, 88 Harvard Law Review, pp. 1739- 40 (1975).

(٢) Linda R.S.V. Richard D. 410 U.S. 614 (1973).

ولا يجوز بالتالي أن تقبل الخصومة الدستورية ما لم تكن مصلحة المدعى فيها مختلفة عن مصالح المواطنين في مجموعهم.

ذلك أن اندماج مصلحة في مصالحهم يفقدها ذاتيتها، وهي شرط لبيان الحدود الضيقة للخصومة الدستورية التي يطرحها المدعى في نطاق مصلحة الشخصية المباشرة - مفصلاً بوقائعها النصوص القانونية المطعون عليها، وصلتها بالأضرار الواقعة التي سببتها، فلا يكون عرضه لأبعاد هذه النصوص إلا تعريفاً بكامل عناصرها Complete perspective، ينير من خلالها الطريق إلى جهة الرقابة على الدستورية، فلا تفصل في خصومة يشوبها التجهيل، ولا في غير ضرورة.

ومن ثم تبلور الخصومة الدستورية التي توجهها للمصلحة الشخصية المباشرة للمدعى، مجموع عناصرها، وكامل أبعادها، بما في ذلك الآثار السلبية الناجمة عن تدخل المشرع - بالفعل أو الامتناع - في شأن خاص بالمدعى، لتظهر هذه الخصومة وقد طبعها رافعها بشخصيته، أكثر من كونها تعبيراً عن المسائل الدستورية. التي أثارها من خلالها.

فالذين يملكون أراض حال المشرع دون استثمارها في الأوجه للمعقولة لها^(١)؛ والأبواء الذين ألزمهم المشرع بإلحاق أبنائهم بالتعليم العام لا الخاص^(٢)؛ والشركة التي حدد المشرع أجور خدماتها^(٣)؛ والمعلمون الذين حرمهم المشرع من حق الاجتماع ومن حريتهم في التعبير من خلال صور للنشاط التي منعهم من ممارستها^(٤)؛ والأزواج الذين حظر المشرع عليهم استخدام الوسائل الولقية من الحمل^(٥)؛ كل هؤلاء لهم مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن بعدم دستورية النصوص القانونية التي تخل بحقوقهم في استعمال ملكهم في الأوجه التي يختارونها؛ وفي مباشرة أوجه النشاط التي يرون ملامتها؛ إذ هم خصماء لكل هذه النصوص التي وجهها المشرع إليهم، وأصابعها بها، وقصد إرهابهم بأحكامها. ومصلحتهم في دفعها حقيقية وظاهرة سواء تعلق الأمر

(١) Euclid v. Ambler Realty, 272 U.S. 365 (1926).

(٢) Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).

(٣) Ex parte Young, 209 U.S. 123 (1908).

(٤) Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952).

(٥) Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

بحقوق ملكيتهم التي أخل بها، أو بمباشرتهم ما هو مشروع من صور من النشاط التي اختاروها. فلا تكون مصلحتهم في الاعتراض على القيود التي حملهم المشرع بها، وفرض تطبيقها عليهم، غير مصلحة حقيقية Tangible interests تلمسها بأيديها جهة الرقابة القضائية.

وينبغي أن يلاحظ أن النصوص القانونية التي يقرها المشرع، قد تلحق الضرر ليس فقط بمن قصدهم هذه النصوص بأحكامها. ذلك أن المضار التي ترتبها، قد تتلصق من حقوق الآخرين كفلها الدستور. فالقيود التي يفرضها المشرع على مشروع ما، ليخفض بها أسعار منتجائه أو خدماته، تخول هذا المشروع حق الاعتراض على هذه الأسعار من خلال الخصومة القضائية التي يقيمها لإنهاء العمل بها. كذلك فإن الذين يناقشون هذا المشروع يجدون أنفسهم في مركز يمنعهم من مزاحمة ذلك المشروع في الأسعار الأقل التي حددها المشرع لمنتجاته وخدماته، لتقوم بهم كذلك مصلحة في الاعتراض عليها؛ وإن ظل ثابتاً أن المصلحة في هاتين الصورتين لا تزال مصلحة شخصية مباشرة قوامها الحقوق الفردية التي يطلبها أصحابها لمواجهة ضرر خاص أصابهم^(١).

ولا كذلك أن تكون المصلحة في الخصومة الدستورية مجردة في خصائصها، أو تتناول ما هو عام من مصالح المواطنين في مجموعهم The Airing of Generalized Grievance. ذلك أن مواجهة هذه المصالح وإشباعها من مسئولية السلطة السياسية التي اختارتها هيئة الناخبين. إذ هي وحدها الأكثر على تقدير الطول الملائمة لها.

كذلك فإن اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية القوانين، ينحصر إلى وظيفة قضائية تغاير بالضرورة المهام التي يقوم عليها الإمبروزمان في بعض الدول.

والمصالح المجردة أو العمومية Interests shared with the larger community of people at large، لا تخصيص فيها، ولا تستل بذلتها، ويستحيل تحديدها من منظور كامل Complete perspective. بل يولون حقيقة الخصومة الدستورية التي لا تتوافق بشأنها مصالح أطرافها، ولكنها

(١) فلو أن المشرع حدد أسعار تذاكر الركوب في السكك الحديدية، فإن الاعتراض عليها يكون حقاً ليس فقط

لن يديرونها ولكن كذلك للذين ينقلونها كهؤلاء الذين ينقلون الركاب بالحافلات في السيارات ذاتها.

Ex parte Young 209 U.S. 123 (1908).

تتعارض من خلال تصادمها^(١). وهو ما ينالض شرط المصلحة الشخصية المباشرة في حقيقة معناه. إذ يفترض هذا الشرط أن يكون للمدعي في الخصومة الدستورية مصلحة حقيقة في المحصلة النهائية للخصومة الدستورية. وهو ما لا يتحقق إلا إذا كان النزاع القائم بين أطرافها دالا على عمق الخصومة القائمة بينهما، وأن لها من حثتها وماديتها ما يجعل تعيين حدود المماثل الدستورية المثارة فيها، ولجبا لا تقريظ فيه^(٢).

المطلب الثاني

رابطلة السببية بين النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور،

وما لحق المدعى بسببها من أضرار تجوز تسويتها قضائيا

٤٤٠- تقابل الجهة القضائية في كل خصومة دستورية، بين النصوص القانونية المطعون عليها وأحكام الدستور، توصلا لتقرير تطابقها معها أو خروجها عليها. ويفترض في هذه النصوص ترتيبها لأثار قانونية أضرت بالمدعى من خلال تطبيقها عليه. وأن ما نتوخاه الخصومة الدستورية التي رفعها، هو إنهاء الأثار التي رتبها هذه النصوص في حقه، وجبر الأضرار التي أنتجتها بحكم ملائم يصفيها^(٣) ويتعبر آخر يتعين أن يقدم المدعى في الخصومة الدستورية الدليل على أنه أضير فعلا من جراء تطبيق النصوص المطعون عليها في حقه، وأن للترضية القضائية التي يتوقعها متزيل هذا الضرر^(٤).

فإذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من صلة بالمضار الواقعة التي يدعيها Injury in fact، فإن علاقة هذه النصوص بتلك المضار The logical nexus تنقسم. ولا يكون إبطالها منتجا في دعواه، إذ يظل مركزه القانوني في الصورة التي كان عليها من قبل، ولو قام الدليل على مخالفة النصوص المطعون عليها للدستور.

٤٤١- وعلاقة السببية هذه The causation Connection بين إضرار المدعى بها من جهة، والنصوص القانونية التي أحدثتها من جهة ثانية، شرط في المصلحة الشخصية المباشرة. وهي

(١) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

(٢) Metropolitan Washington Airports Auth. v. Citizens for the Abatement of Aircraft Noise. 501 U.S. 252 (1991).

(٣) Simon v. Eastern ky. Welfare Wrights Org., 426 U.S. 26, 38 (1976).

(٤) Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 505 (1975).

علاقة لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تنفيها لمجرد التخلص من القضايا التي ترفعها، أو التي لا تميل إليها، أو التي تتوجس خيفة منها^(١)، خاصة وأن علاقة السببية تلك، هي الموطىء إلى الترضية القضائية التي يطلبها المدعى، والتي تتحقق من خلالها مصلحته في رد عدوان المشرع على الحقوق التي كفلها الدستور أو القانون. وذلك من خلال ترضية قضائية يفترض فيها أن تكون ملائمة، وكافية لإنهاء الآثار القانونية المترتبة على هذا العدوان والتعويض عنها.

ومن ثم تظهر علاقة السببية كشرط منفصل عن شرط الأضرار الواقعية في الخصومة الدستورية. وهي علاقة مؤداها أنه لو لم يكن المشرع قد أقر النص للقانوني المطعون فيه، فإن الأضرار التي أحدثها هذا النص، ما كانت لتتحقق.

فإذا لم تتوفر هذه العلاقة المنطقية بين الأضرار الواقعية وأسبابها القانونية التي تبلورها النصوص المطعون عليها، فإن إبطال قضاء الشريعة لهذه النصوص لا يكون منصورا. ومن ثم يبقى تلك النصوص على حالها لاتصام مجال تطبيقها عن الأضرار الواقعية التي قال المدعى بأنها هي التي أحدثتها.

فالذين ينادون في دستورية ضريبة طبقت عليهم، ويطلبون الحكم ببراءة نمتهم منها، لا يجابون إلى طلبهم إلا بشرط تحقق الضريبة التي يحددونها بالنصوص القانونية التي يطعنون عليها. ومن ثم تكون الخصومة الدستورية طريقهم لإبطال الضريبة والتخلص من أعبائها التي أحدثتها النصوص القانونية التي أنشأتها؛ وهي أعباء اقتصادية في طبيعتها.

فإذا لم يكن للنصوص المطعون عليها من شأن بالضريبة التي ينادون في دستورتها، فإن دين الضريبة يظل قائما في حقهم، ولا يكون طلبهم الحكم ببراءة نمتهم من هذا الدين، مفهوما.

(١) يقول القاضي Brennan أن علاقة السببية التي تتطلبها المحاكم التفسيرية في الخصومة الدستورية هي كساع

مش تستر وراءه حتى لا تحكم في موضوع النزاع المطروح عليها.

A poor disguise for the Courts view of the merits of the underlying claims.

انظر في ذلك الرأي المخالف لهذا القاضي في قضية

Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 782 (1984).

وما تقدم مؤداه أن رد عدوان على الحقوق التي كفلها الدستور، لا يكون إلا من خلال المنازعة في دستورية النصوص القانونية التي نجم عنها هذا العدوان. وذلك هي علاقة السببية بين المضار الواقعية، والنصوص القانونية التي سببتها.

وبدونها لن تكون الخصومة الدستورية غير خصومة نظرية يقيما أصحابها لإزهاق جهة الرقابة على الدستورية، ولحلها على الفصل فيها في غير ضرورة، ودون فائدة عملية يمكن اجتازها منها. وهو ما لا يجوز حتى في إطار مفاهيم القانون الخاص.

فالمسئولية العقابية جزاء الإخلال بالتزام نشأ عن العقد. فإذا لم يكن ثمة إخلال به، فلا مسئولية. كذلك فإن المسئولية التقصيرية لا تنثار إلا عن عمل غير مشروع ألحق بالغير ضرراً. فإذا كان العمل استعمالاً لحق، أو كان غير مشروع، ولكنه لم يلحق ضرراً بأحد، فإن المسئولية التقصيرية عن هذا العمل، تنقد أساسها.

ولئن صح القول بأن علاقة السببية بين المضار وأسبابها، تستقل بذاتها عن شرط الضرر في المصلحة الشخصية المباشرة؛ إلا أن أهميتها تصل إلى حد اعتبارها جوهر هذه المصلحة وقوامها، ذلك أن المصلحة في الخصومة الدستورية شخصية بطبيعتها. والأضرار التي تلحقها هي التي تعود في مصدرها إلى النصوص القانونية المطعون عليها. فإذا تعذر نسبتها إليها، فلا مصلحة.

وتقسيم المشرع للدوائر الانتخابية، يخول كل مقم فيها حق الاعتراض ليس فقط على الكيفية التي حدد بها المشرع تخومها، وإنما كذلك بالنسبة إلى عدد المقاعد التي اختصها بها إذا صار لأصوات ناخبينها وزن أقل من الوزن المعطى لأصوات ناخبين آخرين في غيرها من الدوائر الانتخابية Malapportionment. بما يمايز بين بعضها البعض، فلا يكون تمثيلها جميعاً في المجالس للنيابية متناسباً قدر الإمكان مع عدد سكان كل منها^(١) Districts Under Reprerented.

٤٤٢- إذ كان ما تقدم، وكان شرط المصلحة الشخصية المباشرة يركز على الخصم الذي أثار المسائل الدستورية أكثر من تركيزه على هذه المسائل ذاتها، فذلك لأن هذه المصلحة هي

(١) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

التي تكفل شخصية المحصلة النهائية للخصومة الدستورية. وهي التي يطرح الطاعن على ضئونها على جهة الرقابة على الدستورية، النظرة المتعمقة للخصومة الدستورية في ولقعاتها وألأنها، ومن جهة الأبعاد الأوثق اتصالا بالمضار التي أحدثتها النصوص للقانونية المطعون عليها، فلا يكون عرضها حديثا في فراغ، ولا قولا مجملا بغير دليل.

كذلك يعتبر شرط المصلحة الشخصية متصلا بالوظيفة القضائية ذاتها التي تحول دون الفصل في المسائل الدستورية في غير ضرورة. ويرتبط كذلك بمبدأ الفصل بين السلطة القضائية والسلطتين التشريعية والتنفيذية. وهو مبدأ مقتضاه مباشرة جهة الرقابة على الدستورية لوظيفتها في الحدود التي رسمها الدستور لها. وهي حدود تلزمها بالأ تقبل خصومة دستورية لا تزيد عن كونها تعبيراً في الفراغ عن وجهة نظر يرد الترويج لها أو الحض عليها.

وإذا جاز القول بأن من المفترض في نصوص الدستور جميعها أنها مقررة لمصالح المواطنين في مجموعهم، فلا يجوز حرمان أحدهم من الاحتماء بها؛ إلا أن إطلاق هذه القاعدة في نطاق الخصومة الدستورية بما يجعل شرط المصلحة الشخصية المباشرة غير لازم فيها، مؤداه أن يعتبر اللجوء إلى جهة الرقابة على الدستورية مطلقاً من كل قيد معقول، وبما يخلو الناس جميعهم التدخل من خلال الخصومة في كل الأعمال الحكومية التي لا يرون صوابها، أو يقدرون عدم ملائمتها.

على أن هذا القضاء المقارن في مجال الرقابة على الشرعية للدستورية، وإن توخى ألا يقدم قضاءاً للشرعية الدستورية أنفسهم في كل شيء حتى في المسائل الدستورية التي لا يجوز الفصل قضائياً فيها، إلا أن كثيرين يتخوفون من مغالاة قضاء الشرعية للدستورية، أو تزمته في مجال تطبيق شرط المصلحة الشخصية المباشرة، بما يعوقهم عن النظر في مسائل دستورية لها من حيوتها وخصوبتها، ما يجعلها أكثر تكثرًا في مصالح المواطنين في مجموعهم؛ خاصة وأن الخوض في علاقة السببية بين الأضرار المدعى بها، والنصوص القانونية التي أحدثتها؛ من أكثر المسائل تعقيداً وغموضاً في مجال الرقابة على الدستورية^(١). وقد تكبحها عن مواجهة نزاع يوقمها في حرج الصدام مع السلطتين التشريعية أو التنفيذية.

(١) W. Prosser, Handbook of the Law of Torts, chapter 41, 4th edition, p. 236, 1971.

إلا أن علاقة السببية تظل لازمة لضمان تقييد جهة الرقابة القضائية على الدستورية بالحدود المنطقية لولايتها التي لا يجوز معها أن تتحول وظيفتها القضائية إلى عمل من أعمال التبرع يهبها لمن يطلبها. وتظل علاقة السببية بين المضار وأسبابها، جوهر الخصومة الدستورية. إذ بدونها يصير الفصل في دستورية النصوص القانونية التي لا تربطها صلة بالمضار المدعى بتحقيقها، عقيما.

المطلب الثالث

الدفاع عن حقوق الآخرين

The Third Party Standing

٤٤٣- من المسائل التي يحرص قضاء للشرعية الدستورية على توكيدها، هو أن يقدم المدعى في الخصومة الدستورية الدليل على أن الحقوق التي يطلبها تتعلق به لا بغيره، وأن المصالح التي يتوخى تحقيقها تدخل في منطقة المصالح التي يحميها الدستور أو المشرع^(١).

وتتفيا قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق لآخرين^(٢)، استبعاد القضايا التي يكون محلها اقتضاء هذه الحقوق. وهي بعد قاعدة لا إطلاق فيها؛ وإنما تنقلها صور من الخروج عليها تعتبر استثناء منها، وتبلور في مجموعها السياسة التي ينتهجها قضاء الشرعية الدستورية في مجال الخصومة الدستورية التي يكون هدفها الدفاع عن الآخرين ومصالحهم^(٣) Jus Tertii .

وهذه القاعدة التي لا يجوز معها -وكأصل عام- أن يقدم المدعى دعواه الدستورية للدفاع عن حقوق كفلها الدستور أو المشرع لآخرين؛ علقها ما هو مفترض من تحوط قضاء الشرعية الدستورية في مباشرتهم للولاية التي كلّفهم الدستور بها. فلا يفضلون في غير ضرورة في مسائل دستورية لها نكتها ومحاذيرها^(٤). ذلك أن واجبهم الأول هو عدم الفصل في مسائل دستورية قبل أنائها، أو في مسائل دستورية يستطيعون تجنبها. وهو ما لا يتحقق في الدفاع عن حقوق لآخرين يفترض أنهم يصنون تقدير مصالحهم؛ ولهم يحدون خطاهم على ضوئها. فإذا لم يقيموا

(١) Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984).

(٢) Tileston v. Ullman, 318 U.S. 44 (1934).

(٣) Manoghan, Third Party Standing, 84 Columbia law Review 277, 278 n. 6 (1984).

(٤) Wrath V. Seldin' 422 U.S. 490, 499 (1975).

الخصومة الدستورية لطلبها، دل ذلك على أن مصالحهم هذه غير مهددة أو أنهم عازفون عن الدفاع عنها واستهاض وسائل حملتها التي تتوافر لهم بها فرص إيضاح مطالبهم بأنفسهم بوصفهم أكثر من غيرهم على بيان وجه الحق فيها^(١).

فالأصل لأن ألا يفصل قضاة الشريعة الدستورية في حقوق لم يطلبها أصحابها بأنفسهم، ولم يحرصوا على المثل أمامهم للدفاع عنها. بما يجهل بالبعداها وبأوجه التناقض القائم بين مصالحهم ومصالح غرائهم، ويفترض كذلك في الغائبين عن الخصومة الدستورية، أنهم لا يكثرثون بإنكار الحقوق التي طلبها غيرهم لحسابهم دون تفويض منهم؛ إذ لو كان الأمر بعينهم حقا، لحرصوا على انتزاع حقوقهم هذه بأنفسهم من خلال خصومة دستورية يقيمونها لطلبها والدفاع عنها بالعزيمة والإصرار الكافيين.

٤٤٤- على أن قاعدة عدم جواز الدفاع في الخصومة الدستورية عن حقوق الآخرين، يرتبط تطبيقها بموجباتها. فلا تقوم هذه القاعدة بزوال مبرراتها، وإنما تخلى مكانها لصور من الاستثناء منها تصل في اتساعها إلى حد ابتلاع القاعدة ذاتها.

ويدل إيمان النظر في صور الاستثناء هذه، على أنها لا تعتبر كذلك في حقيقتها، وأنها ترتبط في واقعها بحقوق الأصلاء - لا الأغيار - في الخصومة الدستورية *The First Party Rights* لأنهم وإن ظهروا فيها وكأنهم يطلبون حقوقا لآخرين؛ إلا أن طلبهم لهذه الحقوق من خلال الخصومة الدستورية، يكفل حقوقهم الخاصة التي يتمتعون بها وفقا للدستور^(٢).

ومن ثم يقبل قضاة الشريعة الدستورية كل خصومة تتوخى الدفاع على حقوق الآخرين، كما قام الدليل لديهم على أمرين:

أولهما: أن تراخي الآخرين في الظهور أمامها للدفاع عن حقوقهم، مرده إلى عائق أو صعوبة عملية جهرية *A genuine obstacle* منحتها من طلبها بأنفسهم ولصالحهم. ومن ذلك أن يكون الآخر مختلا عقليا أو غير قادر على النفاذ إلى المحكمة أو عاجز عن تمثيل مصالحه بنفسه بناء على وجه آخر *United States v. Hays, 115 S.Ct. 2431 (1995)*.

(١) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106, 113 - 14 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, *ibid*, p. 136; Holland v. Illinois, 493 U.S. 474 (1990).

ثانيهما: أن يكون متوقفا عقلا من المدعى في الخصومة الدستورية، أن يناضل بضراوة من أجل الدفاع عن حقوق الآخرين التي طلبها في دعواه، وأن يظهر أبعادها بما يحيط بها كي يكون خصما حقيقيا مجابها غرماء يعارضون دعواه^(١).

ويدل مراجعة القضاء المقارن للحق في الدفاع عن مصالح آخرين، على قدر كبير من التردد والتخبط. وأيا كان قدر هذا التردد أو التخبط، فإن الدفاع عن حقوق الآخرين، لازال من الأمور المسلم قضائيا بها. ومن ذلك حق المحامي الذي صدر قتلون بمصادرة أموال موكله الناجمة عن تعامله في المواد المخدرة، في الدفاع عن مصلحة موكله في إبطال هذه المصادرة التي يؤمن الموكل من خلاله إبطالها الأتعاب التي يدفعها لمحامي، ويكفل بذلك حق الموكل في اختيار محام يمثل في حدود تجمعها ببعض^(٢) The close attorney client relationship. وفي هذا المجال يلاحظ أن القضاء يطلبون أحيانا وجود علاقة قوية وموثوق فيها Close and confidential relationship بين من يقيم الخصومة الدستورية والآخرين الذي يمثلهم فيها. ويشترطون أحيانا أن يكون الآخرون عاجزين من كل الوجوه عن الدفاع عن مصالحهم.

فلو أن المشرع فرض عقوبة جنائية على الأشخاص الذين يوزعون الوسائل الواقية من الحمل على غير المتزوجين، فإن دفاعهم عن مصالح هؤلاء في الحصول على هذه الوسائل وتوكيد حقهم في شرائها، يكون مقبولا، إذا كان المشرع قد قصر العقوبة على من يقومون بتوزيعها، وحال بذلك دون أن يوفر لغير المتزوجين إطارا ملائما للخصومة القضائية التي يستهدفون بها الدفاع على الحقوق التي تخصهم^(٣).

ولو أن قانونا فرض على من يملكون بعض الأراضي في منطقة معينة، ألا يقوموا ببيعها لمولدين وإلا كانوا مسئولين جنائيا أو مدنيا عن فعلهم، فإن انصياعهم لاختيارا إلى حكم هكذا القانون، مؤداه الإضرار بمصالحهم في بيعها إلى قطاع أعرض من المواطنين يشمل البيض والزنوج، وربما في الحصول على أسعار أعلى. ولهم بالتالي أن يخاصموا هذا القانون طلبا لحقوق الملونين في شراء هذه الأراضي، وأن يقيموا دعواهم بمخالفته للدستور على سند من

(١) Secretary of State of Maryland v. Joseph H. Munson Co., 1 nc, 467 U.S 947 (1984).

(٢) Caplin and Drysdale v. United States, 491 U.S. 617 (1989).

(٣) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 446 (1972).

إخلال القانون المطعون فيه بشرط الحماية القانونية المتكافئة للمواطنين جميعهم، بما يكفل تساويهم في الحقوق عليها أمام القانون^(١).

ففي هذين الفرضين يبدو كذلك أن للبائعين للأراضي، وللموزعين للوسائل الواقية من الحمل، مصلحة شخصية في دعوام الدستورية. ذلك أن منعهم من بيعها أو توزيعها يعتبر وأجلاً فرضه المشرع عليهم. فإذا تقيّدوا به، كان ذلك إنكاراً لحقوقهم الشخصية في ضمان فرص أكبر للتعامل في الأشياء التي منعهم المشرع من تصريفها بالعقوبة التي فرضها، والتي حال بها في أن وابد دون اتساع أسواق معاملاتهم، وعطل كذلك من خلالها، حقوق الآخرين التي كفلها الدستور^(٢).

ومن ثم كان منطقياً أن ننظر إلى القيود التي فرضها المشرع على المدعى في الخصومة الدستورية ليحول دون طلبه حقوقاً لآخرين، لا من زاوية أن المدعى قد أقحم في دعواه غريباً عنها، بوحل مطهم فيما هو خاص من شئونهم وإنما من جهة أنه يدير سوقاً لسلع يعرضها أو يروج أعمالاً يحرص على ألا تنقلص دائرتها، فلا تكون الخصومة الدستورية في حقيقة الأمور، غير تعبير عن عزم رفعها على أن تظل الأسواق التي يديرها، أو الأعمال التي يروج لها، مفتوحة أبوابها لكل من يطرقها.

ويتحقق ذلك في صور متعددة من بينها أن البائعين للبيرة، يحرصون على الترويج لها والتمكين من أسواقها أياً كان قدر الكحول الموجود فيها. فإذا اشترط المشرع لبيعها للتكوير الأقل من ٢١ عاماً، ألا يزيد الكحول فيها عن حد معين، وأجاز شراءها لكل أثنى تزيد سنها على ٢٨ عاماً، ولو جاوز الكحول فيها هذا الحد؛ وكان المشرع قد قرن هذا الحظر بعقوبة جنائية لخصص البائعين بها؛ كان لهؤلاء البائعين الخيار بين القبول طواعية بالقيود التي فرضها المشرع عليهم بما يحق حصول الآخرين على حقوقهم في شراء البيرة التي يبيعها؛ وبين المنازعة في دستورية عمل المشرع لتمييزه بين المواطنين لا اعتبار يتعلق بالجنس.

(١) Barrows v. Jackson, 346 U.S. 249 (1953).

(٢) See, Maness v. Meyers, 419 U.S. 449, 468 (1975).

فإذا انحاز البائعون إلى الخيار الثاني، وأقاموا الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوق الآخرين الراغبين في شرائها، كان دفاعهم عنهم، هو دفاع عن مصالحهم الشخصية في أن تظل مبيعاتهم الكلية من البيرة، على حالها، فلا تتخفّض نسبتهما^(١).

ومثل البائعين للبيرة مثل غيرهم ممن يعينهم الدفاع عن حقوق الآخرين في الإنفاذ إلى أسواقهم. ذلك أن العلاقة بين من يبيعون السلعة ومن يشترونها Vendar -Vendee Relationship، علاقة خاصة لا يجوز هدمها. وهي بذلك تعتبر استثناء من قاعدة عدم جواز الدفاع عن حقوق آخرين، مردّه أن من يشترون سلعة هذه، لا يتولّف لديهم إطار قانوني للدفاع عن حقوقهم بالنظر إلى أن المشرع خص البائعين بالعقوبة التي فرضها. وتلك صعوبة عملية تمنعهم من أن يقوموا بأنفسهم خصومة دستورية لطلبها^(٢).

وقد تكون العلاقة بين الآخرين؛ ومن يقومون الخصومة الدستورية للدفاع عن حقوقهم؛ علاقة مهنية professional relationship. فالأطباء الذين يتعاملون في عياداتهم مع المتزوجين الذين يقصّدونها للحصول على الأجهزة الوقائية من الحمل؛ إما يدافعون عن حدود العلاقة الخاصة بين الرجل وزوجته بحكم العلاقة المهنية التي تربطهم بهما. فضلاً عن أن توزيعهم لهذه الأجهزة على المتزوجين، يعرضهم -يوصفهم شركاء في جريمة استعمال الأجهزة الوقائية من الحمل- للعقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على المتزوجين المخالفين لقانون حظر استعمالها. كذلك، فإن انصياعهم للقانون الصادر بمنعهم من التعامل في الأجهزة الوقائية من الحمل التي يطلبها المتزوجون منهم، مؤداه حرمان هؤلاء من شرائها^(٣) وهو ما يناقض مصلحة البائعين لها في ترويجها. وللبائعون بذلك يدافعون عن مصلحتهم الشخصية من خلال دفاعهم عن حق المتزوجين في استعمال الأجهزة الوقائية من الحمل.

وقد يفرض المشرع عقوبة جنائية على الآباء الذين يمتنعون عن إلحاق أبنائهم بالتعليم العام. فإذا نازع القائمون على شئون التعليم الخاص في دستورية هذه العقوبة لمخالفتها لشرط الوسائل

(١) Craig v. Boren 429 U.S. 190 (1976).

(٢) Laurence H. Tribe, ibid, p. 138.

(٣) Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965).

القانونية السليمة في جوانبه الموضوعية، فإنهم بذلك يدافعون عن حق هؤلاء الآباء في إحقاق أبنائهم بالتعليم الخاص.

ذلك أن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء الذين يلحقون أبناءهم بالتعليم الخاص، لا يقتصر ضررها عليهم. وإنما يمتد هذا الضرر إلى اللقائمين على شؤون التعليم الخاص -الذين تحملهم العقوبة التي فرضها المشرع على الآباء، والتي منحهم بها من إحقاق أبنائهم بالتعليم الخاص- على غلق مدارسهم بعد أن أعرض الآباء عن إحقاق أبنائهم بها، فلا يكون (إغلاقها) إلا ضرراً يتفرع بالضرورة عن العقوبة الجنائية التي فرضها المشرع على الآباء Derivative Injury. ومن ثم تقوم مصلحة المسؤولين عن التعليم الخاص في الطعن على هذه العقوبة وذلك لأمرين:

أولهما: أن الآباء قد يكونون عازفين عن مهاجمتها أو لا يملكون الوسائل التي يمتازون بها في دستوريتها. ثانيهما: أن الآباء حتى لو صح عزمهم على مخاصمة هذه العقوبة، فلن يجدوا أمامهم غير مدارس لا حياة فيها، مغلفة بأبوابها، بعد أن هجرها الطلبة الذين اضطرتهم المشرع إلى الالتحاق بالتعليم العام^(١).

وفي هذه الصورة لا يقوم الاستثناء من قاعدة عدم جواز الدفاع عن مصالح آخرين، على مفهوم العلاقة الخاصة بين من يبيعون السلعة وعملاتهم، ولا بين من يقدمون الخدمة المهنية ومن يطلبونها، ولا لأن المشرع واجه المدعى في الخصومة الدستورية بالعقوبة التي فرضها على الآخرين، وإنما لأن فرضها على الآخرين يلحق به ضرراً إذا قبل هؤلاء الامتثال لها. فلا يكون ما أصابه من ضرر من جراء فرضها، غير ضرر مشتق من المضار التي سببها النص العقابي لهؤلاء الآخرين، والناجمة عن واجب فرضه المشرع عليهم والزمهم بتنفيذه.

ومن ثم تتداخل مصالحهم مع مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية، لتقوم بهذا التداخل علاقة السببية بين الضرر المشتق مما أصاب الآخرين من أضرار من جهة، وبين الحقوق التي مني بها المشرع من طلبها بالمخالفة للمستور من جهة ثانية.

(١) Pierce v. Society of Sisters 268 U.S. 510 (1925).

ويستحيل بالتالي أن تحل جهة الرقابة على الدستورية حقيقة ونطاق مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية التي أقامها للدفاع عن حقوق الآخرين، بغير الرجوع إلى طبيعة هذه الحقوق، وصلة المدعى في الخصومة الدستورية بها، وحدود قدرته في الإنضال من أجلها.

والحق أنه حتى في هذا الفرض، فإن المدعى في تلك الخصومة، إنما يناضل من أجل الدفاع عن حقوقه هو. ذلك أن ما توخاه هو إبطال قيود فرضها المشرع على آخرين لمنعهم من الاتصال به، فلا يكون نفاذه إلى حقوقهم، إلا كإفلاص شخصيته في ضمان اتصاله بهؤلاء الآخرين.

وفي اعتقادنا فإن كل صلة لها أساسها مهنية أو حرفية أو غير ذلك من صور العلائق التي تربط المدعى في الخصومة الدستورية بالآخرين - لا يتحقق بها معنى الغيرية في مجال الخصومة الدستورية. ذلك أن الغيرية بمعناها الحقيقي، ينبغي أن يكون المدعى في الخصومة الدستورية، قد أُضير فعلاً من جراء إخلال المشرع بالحقوق التي حجبها عن الآخرين، ولو كان هؤلاء الآخرون يفترون إلى الموارد التي يعتمدون عليها في الإنضال من أجل صون مصالحهم، أو يترددون في ولوج الطريق القضائي لضمانها^(١).

٤٤٥- وما يقره القضاء المقارن من أن الحقوق التي يطلبها المدعى في الخصومة الدستورية، لا يجوز أن تكون واقعة في غير منطقة المصالح التي يكفلها الدستور أو المشرع؛ هو تعبير آخر عن أن هذه الحقوق يملكها آخرون غير ممثلين في الخصومة الدستورية. وليسوا أنهم يطلبوها، وكانت مصالحهم في اقتضاها من نوع المصالح القانونية التي يؤمنها الدستور أو المشرع. وهو ما يؤثر بالضرورة للبحث فيما إذا كان المدعى في الخصومة الدستورية - على ضوء ظروفها - يملك من زاوية دستورية تمثيل هؤلاء الغائبين في مصالحهم.

وقد يقلص المشرع من المزايا المالية التي يمنحها للمرأة التي تريد إجهاض نفسها إذا لم تتم بعملية الإجهاض هذه في عيادة طبية. وهو ما ينعكس سلباً على أجور الأطباء الذين يقومون بعملية الإجهاض، ولو كان المشرع لم يمنعهم من إجرائها حتى بعد صدور هذا القانون. فإذا لجأ هؤلاء الأطباء إلى جهة الرقابة على الدستورية للطعن في دستورية ذلك القانون، فإنهم بذلك يدافعون عن أعزّزتهم الواسائل لإجراء الإجهاض. ويظل للأطباء الحق في الخصومة الدستورية،

(١) Loureance H. Tribe, I bid, p 140.

ولو كانت المرأة الساعية لإجهاض نفسها، لا تريد الإعلان عن شخصيتها خوفاً من أهلكها أو حفاظاً على سمعتها في مواجهة المحيطين بها، أو لتوجسها من فصلها في دائرة عملها^(١).

وفي هذا الفرض، فإن المصلحة التي يحميها الأطباء، هي في حقيقتها مقررة لغيرهم بما يقيمها محل مصالحهم في الاعتراض على النقص في دخولهم^(٢) (A Surrogate Standing).

ولئن كان ما تقدم مؤداه، أن الأصل هو ألا دعوى بلا مصلحة، إلا أن هذه القاعدة سبوء في أصلها أو في صور الخروج عليها للتهوين من حثتها- لا يقتضيها الدستور، ولا تستتضيها كذلك آراء لقضاة يريدون فرضها بما يجاوز حدود الوظيفة القضائية التي لا تجوز ممارستها بصورة لا تعقل فيها.

ولئن قيل بأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة لا يثير بالضرورة إشكالية فصل السلطة القضائية عن السلطين الآخرين، وأن هذه الإشكالية تطرح نفسها بالقوة ذاتها- عند الفصل في المسائل الدستورية، إلا أن من المحقق أن الرقابة على الدستورية لا يجوز أن تتحول إلى رقابة بلا حدود. بل يتعين ضبطها في إطار منطقي يقطعها عملاً وسيلة ملائمة لصون الشرعية الدستورية، وتسلط قيمها على عوائقها^(٣).

المطلب الرابع

مصلحة المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع

٤٤٦- ثمة أحوال يظهر المتقاضى فيها باعتباره مناضلاً عن حقوق آخرين على تقدير أن له دوراً خاصاً في مجال تمثيلها، أكثر من كونه مدافعاً عن حقوقه هو؛ أو بوصفه مناضلاً عن حقوق آخرين بالإضافة إلى حقوقه هو. وأكثر ما يتحقق ذلك في المنظمة أو الجمعية التي تقوم دعواها الدستورية للدفاع عن مصالح نظامية Institutional interests تتطابق بتحقيق أهدافها في مجال ضمانها مصالح أعضائها.

(١) Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106 (1976).

(٢) Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438,446 (1972).

(٣) Flast v. Cohen, 392 U.S. 83,102 (1968).

وللولاية الدفاع عن مبادئها وعن حقوق الملكية التي تخصها. وكذلك الدفاع عن مصالح مواطنيها ولصالحهم.

والمشروع يدافعون إما عن واجباتهم الوظيفية التي تصون مصالحهم في مباشرتهم لامتيازاتهم؛ وإما عن المصالح الأعرض للناخبين الذين يمثلونهم.

وفي كل من هذه الفروض، يتعلق السؤال الأهم بتحديد الصفة التي نقيم بها للمنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع، دعواها الدستورية.

أولاً: مصلحة الجمعية أو المنظمة

٤٤٧- في الفروض السابقة جميعها، فإن الصفة التي ظهر بها المدعى في الخصومة الدستورية، هي التي ينبغي التركيز عليها.

فالجمعية أو المنظمة التي نقيم دعواها بقصد الدفاع عن مصالحها الخاصة، تتقيد بالضوابط العامة التي تقتضيها جهة الرقابة على الدستورية في مجال تطبيقها لشرط المصلحة الشخصية المباشرة، بالنسبة إليها^(١).

فإذا كان ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية بقصد الدفاع عن مصالح أعضائها، فإن مصلحتها تتوافر The organizational and associational standing بشرط أن تكون الحقوق التي تطلبها لمصلحة أعضائها هي ذاتها التي يجوز لهم طلبها لأنفسهم، وأن يكون مصالح أعضائها لها صلة وثيقة بالأغراض التي تقوم للجمعية أو المنظمة عليها، وألا تكون حضور أعضائها في الخصومة التي نقيمها للدفاع عن مصالحهم، لازماً سواء في مجال طلبها أو الحصول على الترضية القضائية التي تتعلق بها^(٢).

فالمنظمة التي يكون الغرض من إنشائها دعم صناعة التفاح وتشجيعها في الولاية التي يوجد بها مقر المنظمة، يجوز لها الدفاع عن مصالح أعضائها الذين يزرعون فيه، وذلك

(١) Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Org., 426 U.S. 26,40 (1976).

(٢) Hunt v. Washington states Apple Advertising commission, 432 U.S. 333 (1977);
Havenes Realty car v. Coleman, 455 U.S. 363 (1982).

من خلال الطعن في القيود التي تفرضها ولاية أخرى على تسويقها لها، بما يحل التجارة بين هاتين الولايتين بأعباء لا يُلْزَم الدستور بها^(١) Interstate – Commerce.

ولعل أكثر الشروط أهمية في مجال دفاع المنظمة أو الجمعية عن مصالح أعضائها، هو ما إذا كان تدخلهم شخصيا في الخصومة التي تمثل المنظمة أو الجمعية مصالحهم فيها، لازم لاقتضاء حقوقهم، والحصول على الترضية القضائية المتعلقة بها.

ذلك أن مجرد ظهور الجمعية أو المنظمة في الخصومة الدستورية، لا يدل بالضرورة على تمثيلها مصالح أعضائها بصورة ملائمة. ويتعين بالتالي أن تكون صفاتها في تمثيلهم موقوفة بدرجة كبيرة على طبيعة الترضية القضائية التي تطلبها من أجلهم. فإذا كان ما تتوخاه من دعوها هو الحصول على حقوق مالية تخص أعضائها لتعويضهم عن أضرار أصابتهم، فإن تدخلهم في الخصومة الدستورية يكون لازما. وكذلك كلما كان نوع الضرر متصلا بهم. ذلك أن واقعة إضرار للنصوص المطعون عليها بأعضائها، ونطاق هذه الأضرار، تقتضي تدخلهم بصورة فردية Individualized proof لإثباتها.

كذلك يشترط قضاء الشرعية الدستورية تدخل أعضاء الجمعية أو المنظمة بأنفسهم كلما كان تصادم مصالحها ومصلحهم، ولما دخل المنظمة أو الجمعية ذاتها، أو كان حضورهم مطلوبا في الخصومة لإيضاح بعض واقعاتها^(٢).

ثانيا: مصلحة الولاية

٤٤٨- وللولاية في نطاق التنظيم الفيدرالي، أن تؤمن نفسها في مواجهة الأضرار التي تنال من مصالحها. فمثل هذه الأضرار تخصها هي استقلا عن مواطنيها. وفي هذه الحالة تتحدد مصلحتها المباشرة وفق القواعد ذاتها التي يطبقها قضاء الشرعية الدستورية في مجال أعمال هذا الشرط^(٣) ومصلحتها الشخصية هذه متنوعة في طبيعتها، ويندرج تحتها:

(١) Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission, 432 U.S. 333, (1977).

(٢) Harris v. McRae, 448 U.S. 297, (1980).

(٣) Watt v. Energ Action, 454 U.S. 151 (1981).

١. الحق في تأمين سيادتها على الأفراد جميعهم، وكذلك على كل كيان يكون واقعاً في نطاق إقليمها.

٢. الحق في إقرار تشريعاتها المدنية والجنائية، وتنفيذها في مواجهة المضاطيين بها المقيمين في نطاق إقليمها.

٣. الحق في ألا تنازعها أية ولاية في حقوقها السيادية، وعلى الأخص ما تنطق منها بالحدود التي تفصل إقليم الولاية عن غيره من الأقاليم.

٤. الحق في حرمة الأموال التي تملكها والدفاع عنها، وأن ترد العلوان عليها، شأنها في ذلك شأن دفاع الأفراد عن ملكيتهم.

٥. الحق في مقاضاة أية ولاية عن الأعمال للضارة التي تصدر منها قبلها، لو من أشخاص موجودين في إقليمها. كنقض ولاية أعباء مالية على الغنز المصدر منها لولاية أخرى بما يزيد من تكلفة شرائه، ويقيد التبادل غير المعاق للتجارة بين مائتين الولايتين؛ وكإخلال ولاية في مواجهة غيرها بالقوانين الفيدرالية التي تخول كل ولاية المطلقة الكاملة لاستغلال ثرواتها الطبيعية.

٤٤٩- وللولاية فضلاً عما تقدم، الدفاع عن مصالح مواطنيها، بوصفهم أفراد من عائلاتها *Parens Patriae* ^(١) سواء كان ذلك لحماية رعايتهم اقتصادياً كحمالية يبتئهم مما يؤذيها ^(٢) أو لحماية رعايتهم العام في مواجهة أعمال تصدر عن ولاية أخرى أو عن أشخاص خاصين ^(٣) ويفترض ذلك أن تتوافر لمصالح مواطنيها درجة كافية من الوضوح تؤهل للقول بقيام نزاع حقيقي بينها وبين المدعى عليه في الخصومة الدستورية.

(١) ويلاحظ أن مصلحة الولاية في الدفاع عن مصالح مواطنيها كالأفراد في عائلتها، لا يجوز التمسك بها في مواجهة الحكومة الفيدرالية.

Massachusetts v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

(٢) Kansas v. Colorado, 206 U.S. 46 (1907).

(٣) Alfred L. Snapp and Son v. Puerto Rico ex rel. Barez, 458 U.S. 592 (1982).

ويندرج في إطار هذا النوع من المصالح، مصلحتها في تأمين مواطنيها بوجه عام نسي مواجهة المخاطر التي تضر بصحتهم أو تتل من رعايتهم العام. ولا يكفي في هذا المقام مجرد تحقق ضرر لمجموع محدد من المواطنين في إقليمها. وإنما يتعين أن يكون الضرر من نوع الأضرار التي تواجها للولاية - في الأرجح - بتشريعاتها، بقصد تسويتها.

وللولاية أن تقيم دعاها للحصول علي تعويض أو تسوية منصفة من جراء أضرار أحدثها لمواطنيها ولاية غيرها من خلال إغراقها حقوقهم بمياه الفيضان الناجمة عن تحويلها لنهر بها^(١). شأن هذا العمل شأن من يلوئون بيئتها بعمل يصدر عنهم في ولاية غيرها^(٢).

ولكل ولاية كذلك مصلحة شبه سيادية، في إنهاء كل تمييز يخل بكيانها ومركزها القانوني داخل النظام الفيدرالي، بما يحول دون حصول مواطنيها علي نصيبهم العادل في المزايا التي يفترض أن تنكف إليها كنتيجة لإسهامها في النظام الفيدرالي^(٣).

وإذا كان للولاية الدفاع عن مصالح مواطنيها فيما يتعلق بصحتهم وراحتهم ورعايتهم بوصفها ربا لعائلة تضمهم *Parens Patriae*، إلا أنها لا تملكهم في مجال الدفاع عن حقوقهم قبل السلطة الاتحادية، ولا تحل مطهم في اقتضاها^(٤).

ويظل ثابتا للولاية الدفاع عن حقوقها قبل السلطة الفيدرالية، ويندرج تحتها أن تتلزع نسي دستورية قانون فيدرالي أهدر اختصاصها في مجال تحديد شروط مباشرة مواطنيها لحقوقهم السياسية في إقليمها.

ثالثا: مصلحة المشرع

٤٥٠- وفيما يتعلق بالسلطة التشريعية، يجوز أن يقاضيها أحد أعضائها عن طرده منها بالمخالفة للدستور، وأن يحصل علي كل مكافأة حرم منها خلال مدة طرده^(٥). ولا كذلك أن يقيم

(١) North Dakota v. Minnesota, 263 U.S. 365 (1923).

(٢) Georgia v. Tennessee Copper Co., 206 U.S. 230 (1907).

(٣) Alfred L. Snapp and Son, Inc v. Puerto Rico, 458 U.S. 592, 607 - (1982).

(٤) Massachusetts v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

(٥) Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).

المشرعون الخصومة الدستورية بوصفهم ممثلين لهيئة الناخبين في الدفاع عن سلطاتهم التشريعية في مواجهة كل إخلال بها. ذلك أن مثل هذه الخصومة هي في حقيقتها دفاع عن مصالح آخرين.

وقد تتدخل السلطة التنفيذية لحرمان السلطة التشريعية من امتياز مقرر لها وفقاً للدستور، كما تمتازها في تعديل الدستور وفق القواعد المنصوص عليها فيه؛ وامتيازها في إبرار معاهدة دولية بعد الدخول فيها وكشرط للتصديق عليها. وقد تمنعها من عقد جلساتها؛ أو تتراخى في دعوتها إلى الانعقاد في المواعيد التي نص عليها الدستور؛ أو تصدر قراراً بحلها في غير الأحوال التي حددها؛ أو تحول دون إيداع أعضائها لأرائهم في لجانها، أو أثناء عقد جلساتها. ففي هذه الفروض جميعها يجوز للسلطة التشريعية أن تجعد مشروعية الأعمال القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية بالمخالفة للدستور، بشرط أن يكون بإمكان السلطة التشريعية تعيين المضار التي ألحقها السلطة التنفيذية بها؛ وألا يكون بوسعها أن تربل أثارها بإجراء من جانبها؛ وأن تكون الترضية القضائية التي تقدمها للسلطة التشريعية جهة الرقابة على الدستورية، ملائمة في محتواها لإنهاء الأضرار التي سببتها السلطة التنفيذية لها.

فلا يحول دون الحصول على هذه الترضية أن يُنظر إلى النزاع بين هاتين السلطتين باعتباره من طبيعة سياسية.

ذلك أن من غير المقبول أن تخرج السلطة التنفيذية عن حدود ولايتها التي رسمها الدستور لها بغير ترضية قضائية تُعينا جهة الرقابة القضائية على الدستورية لمواجهة آثاره^(١).

خاصة وأن تدخل السلطة التنفيذية في العملية التشريعية، يقوض بنيانها، ويهدد ولاية السلطة التشريعية وواجبها في الإصرار على ممارستها على الوجه المنصوص عليه في الدستور^(٢). شأنها في ذلك، شأن كل فرد يضار من عمل صدر عن السلطة التنفيذية ليعطل جانباً من حقوقه التي كفلها الدستور. ولا كذلك ما يصدر عن السلطة التنفيذية من أعمال تظل بالعملية التشريعية بطريق غير مباشر. ومن ذلك ألا تقدم السلطة التنفيذية إلى السلطة التشريعية ما لديها من

(١) Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996, 997, 1001 (1979).

(٢) فالجرب التي يملأها رئيس الجمهورية بغير موافقة البرلمان لها مخاطر على عمله سواء من جهة توجيه الاتهام إلى رئيس الجمهورية Impeachment أو من ناحية رصد اعتمادات لهذه الحرب بغير مسوغ.

معلومات قد تعاونها في العملية التشريعية التي تتولاها^(١). وليس للسلطة التشريعية كذلك أن تختصم السلطة التنفيذية قولاً منها بأنها لم تقم بتنفيذ القوانين التي أقرتها بصورة ملائمة؛ ولا أن تتأزع في دستورية قانون ووفق عليه وفقاً للدستور. ذلك أن مصلحتها في الفروض السابقة، يُحذر تمييزها أو فصلها عن عموم مصلحة المواطنين منظوراً إليهم في مجموعهم.

(^١) Harrington v. Bush, 553 F.2d190 (D.C.Cir. 1977).

المبحث الثاني عشر

امتناع الفصل في خصومة لا تثير مسائل دستورية

٤٥١- لا تثير الخصومة الدستورية، غير التعارض المدعى به بين نص قانوني وقاعدة في الدستور. فإذا كانت المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية متعلقة بالتعارض بين تشريعين من ذات المراتبة؛ أو بين تشريعين يختلفان في مرتبتهما؛ وكان كلاهما دون الدستور قراءاً فإن الفصل في هذه الخصومة لا يدخل في ولاية المحكمة الدستورية العليا التي لا يجوز لها الفصل في دستورية النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور قبل التحقق من اختصاصها ولائها بنظرها؛ ثم تثبتها من اتصالها بالخصومة -التي تطرح دستورية هذه النصوص- وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها^(١).

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا، أن رقابتها على الشرعية الدستورية، لا شأن لها بالتناقض بين تشريعين من مرتبتين مختلفتين؛ أو بين تشريعين مجتمعتهما درجة واحدة فهي مجال تدرج القواعد القانونية، ولا بالتعارض بين نصين وارين في قانون واحد، أو في لائحة واحدة^(٢).

كذلك لا تثير الخصومة مسائل دستورية، إذا كان قوامها تعارض النصوص القانونية المطعون عليها، مع وثيقة لا يحيل الدستور إليها ويحظرها جزءاً من أحكامها؛ ولو كانت هذه الوثيقة إعلاناً للحقوق. وليس بشرط اعتبار الوثيقة جزءاً من الدستور، أن يكون إقرارها قد تم وفق القواعد ذاتها التي ألزمها للدستور في مجال إقراره. وإنما يكفي أن يحيل الدستور إليها ويدمجها فيه حتى تصير جزءاً من قواعده. فإذا لم تلحق الوثيقة بالدستور، جاز تعديلها وفق القواعد ذاتها التي يقر بها البرلمان القوانين التي يوافق عليها.

وقد لا يحيل الدستور إلى الوثيقة المنفصلة عن قواعده، وتظل لها مع ذلك قوة الدستور إذا كانت السلطة التي أصدرتها، قد سلطتها به في القوة والأثر.

(١) «دستورية عليا» -القضيه رقم ٢٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية- قساعده رقم ١٣ -جلسه ١٢/٢/١٤١٥- ص ٢٢٦ من الجزء السابع من مجموعه أحكام المحكمة.

(٢) «دستورية عليا» -القضيه رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٤٧ -جلسه ١٥ يونيو ١٩٩٦- ص ٢١٦ من الجزء السابع من مجموعه أحكام المحكمة.

٤٥٢- وفي الدول الفيدرالية، يكون للاتحاد دستوره الخاص. ولكل ولاية كذلك دستورها المحلى وسلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية في نطاق إقليمها. وعليها جميعاً أن تتقيد في تشريعاتها وتصرفاتها بمستور الاتحاد، وإلا جاز الطعن عليها بمخالفتها لقواعده، ولو كان دستورها المحلى يجيزها، أو لا يعارضها. وشرط ذلك بطبيعة الحال، أن يظل الاتحاد قائماً، فإذا انفرط عقد الاتحاد كلية. أو تقلص عدد ولاياته، فلن كل ولاية تخرج من الاتحاد، لا تسري عليها تنظيماته جميعها، ولكنها تستقل بكيانها، ويتصرفها لشؤونها.

٤٥٣- وقد كانت مصر طرفاً في اتفاق ضمها مع كل من الجمهورية العربية السورية والجمهورية العربية الليبية بقصد تكوين اتحاد ينسبط بتنظيماته على كامل أقاليمها، باعتباره نواة لوحدة عربية أشمل، وقاعدة لدعم قدراتها على تكوين جبهة أساسية تتفاعل فيما بينها، وتزيل الحواجز والفوارق الإقليمية التي تعوق حركتها.

ولم يصمد ذلك الاتحاد بعد إنهاء مصر لعضويتها فيه، وتسحابها من مؤسساته جميعها بما فيها سلطاته التشريعية. وتم ذلك بقانون^(١).

وقد أقام عضو في هذه السلطة خصومة دستورية طلب إلزام المدعى عليهم فيها، بأن يعوضوه عن زوال عضويته بها، وكذلك عن كلفة المزايا المالية التي كان يمكن أن يحصل عليها لو ظل الاتحاد قائماً، وبقي هو عضواً في السلطة التشريعية الاتحادية. وقد أسس المدعي دعواه على أن الاتفاق على تكوين الاتحاد فيما بين الدول الثلاث المشار إليها، ينحل إلى معاهدة دولية، وأن إنهاء مصر لعضويتها في الاتحاد بقتول صدر عنها، ينقض التزاماتها الأساسية فيه، والتي تمنعها من الانسحاب بإرادتها المنفردة.

وقد قضى في هذه الخصومة بعدم اختصاص المحكمة الدستورية العلوية بنظرها. وذلك تأسيساً على ما يأتي:

(١) كانت هذه السلطة تسمى مجلس الأمة الاتحادي. وقد انسحبت مصر من الاتحاد بمقتضى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٤- وهو القانون الذي طعن بحم دستوريته.

أولاً: أن نصوص دستور جمهورية مصر العربية لا يجوز تطبيقها في غير نطاق إقليمها؛ وأن القواعد الأساسية لهذا الاتحاد تظل لها ذاتيتها، ولو كان لها خصائص القواعد الدستورية وملامحها، بل ولو أقرتها الجماهير في استفتاء عام. ويتعين بالتالي فصل هذه القواعد عن دستور جمهورية مصر العربية.

ثانياً: أن اتحاد وثيقتين في طريقة إصدارهما، أو لفظائهما معا على قواعد دستورية بطبيعتها، لا يدمجها في بعض، ولا يحيلها إلى وثيقة واحدة تتفرق أجزاؤها، كلما كان لكل منها إقليم يتعلق به نطاق تطبيقها؛ وكان لكل من هاتين الوثيقتين أهدافها التي تستل بها. فضلا عن صدورهما عن سلطنتين تأسيسيتين مختلفتين، وتعلق إحداهما بدولة مركبة هي دولة الاتحاد، وأخرهما بدولة بسيطة هي مصر بما ينمكس لزوما على جوهر الأحكام التي احتوتها كل منهما.

ثالثاً: أن انسحاب مصر من معاهدة دولية تكون طرفاً فيها، مؤداة التخلي عن أحكامها في مجموعها، فلا يكون انسحابها منها إجراء موقفاً لنفاذها قبلها، ولا هو تعديل لبعض أحكامها، بل إنهاء لوجودها في علاقتها بها. ذلك أن الانسحاب -رباعيته- تصرفاً قانونياً يصدر عن إحدى الدول بإرادتها المنفردة لنوع تعهداتها - يظل واقفاً في إطار إدارتها لشؤونها الخارجية، ومنطوقه على تحديد نطاق روابطها بغيرها من الدول، فلا يؤثر تحللها من معاهدة أبرمتها معها غير مسئوليتها الدولية عند قيام موجبتها. وإذا كان رؤساء كل من مصر وسوريا وليبيا قد عهدوا إلى لجنة ثلاثية بوضع مشروع دستور لتنظيم الاتحاد في إطار من الأحكام الأساسية التي اتفقوا عليها، فإن زوال معاهدة تكوين الاتحاد في علاقة مصر بكل من سوريا وليبيا، يدل بالضرورة على سقوط ذلك الدستور في نطاق روابطها بهاتين الدولتين^(١).

(١) "دستورية عليا" -الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية- "دستورية" -قاعدة رقم ٢٩ -جلسة ١٩٩٦/٢- ص ٥٠٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الثالث عشر
استثناء مخاصمة النصوص القانونية التي
أفاد الطاعن من مزايها

٤٥٤- من المقرر في القضاء المقارن^(١)، وفي قضاء المحكمة الدستورية العليا^(٢) أن الذين يحصلون من قانون على مزايا يقبلونها، لا يجوز لهم الطعن في دستورية هذا القانون^(٣). وينظر القضاء المقارن إلى هذه القاعدة بوصفها مبدأ أوليا Axiomatic في مفاهيم قضاء الشريعة الدستورية الذين يرون أن الذين يستقون لأنفسهم مزايا وفرها لهم المشرع من خلال قانون، لا يستطيعون الطعن بعدم دستورية نص فيه. ذلك أن المزايا التي يفيدون منها، يستحيل توفيق حصولهم عليها مع إنكارهم دستورية القانون الذي كفلها^(٤).

One cannot in the same proceedings, both assail a statute and rely upon it. Nor can one who avails himself of the benefits of a statute, deny its validity.

ولا يجوز لهم بالتالي لو حصلوا على ترخيص بمزاولة عمل ما وفق قانون معين، إنكار دستورية القانون المرخص لهم بمباشرة هذا العمل.

٤٥٥- بيد أن هذه القاعدة تثير شكوكاً خطيرة حول منطقيتها وعدالتها. ذلك أن المخاطبين بالنصوص القانونية -كذلك التي تمنحهم ترخيصاً بمزاولة مهنة أو عمل بشروط معينة- يضطرون إلى توفيق أوضاعهم معها حتى لا يحرّموا من العمل بما يضر بحقهم في الحياة؛ وحتى لا تصيبهم هذه النصوص بعقوباتها التي تفرضها عليهم كجزاء على عدم التزامهم بأحكامها. فلا يكون أمامهم من خيار غير التقيد بتلك النصوص التي يؤمنون بمخالفتها للدستور.

(١) Ashwander v. Tennessee Valley Authority 297U.S. 288 (1936).

(٢) دستورية عليا -القضية رقم ١٤ سنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٧ ص ٧٢٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية.

(٣) Wilkes v. Dinsman (1849, U.S. 7 How 89; Wall v. Parrott Silver and Copper Co. 244 U.S. 407 (1917).

(٤) Buck v. KuyKendall, 267 U.S. 307 (1925).

ويمتدحيل بالتالي النظر إلى الشروط التي علق المشرع عليها مباشرة الحق - كالحق في العمل - باعتبار أن الخضوع لها، مؤداه التسليم بها. ذلك أن خضوعهم للقانون أمر لا خيار لهم فيه. فإذا جحد هذا القانون حقاً مكفولاً لهم بنص في الدستور، جاز لهم إنكار دستوريته، وعلى الأخص إذا كان ذلك القانون يضر بهم في مجموع أحكامه، ولو كانوا قد حصلوا قبل الطعن عليه على بعض مزاياه التي لا تتكافأ قيمتها مع الأضرار التي أصابهم ذلك القانون بها.

ويتعين بالتالي القول بعدم جواز الطعن في قانون أفاد الطاعن من مزاياه، أن يكون تلقى الطاعن للميزة التي كفلها هذا القانون، عملاً إرادياً صرفاً، وشياً يقبل ذلك القانون في جملة أحكامه. ذلك أن الميزة المولفة للدستور تفترض أمرين:

أولهما: أن يكون الطاعن قد تلقاها باختياره. ثانيهما: أن يتوافر في هذه الميزة شرط التخصص Specificity. وهو شرط يحتم حصرها في الدائرة الضيقة التي تعمل فيها، فلا تجهض غيرها من الحقوق التي لا صلة لها بها^(١) ولا كذلك النصوص القانونية المتشابهة التي يتعين أن يؤخذ بها في جملة، والتي يتخذ فصل بعض أجزائها عن باقيها. ذلك أن هذه النصوص تؤخذ متكاملة، فلا يجوز فصل بعض أجزائها عن بعض بالنظر إلى ما بينها من ترابط. فإذا وفر النص للمطعون فيه ميزة للطاعن لا شأن لها بباقي نصوص القانون، فإن انفراطها بذاتها لا يجيز للطعن فيها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن النص للمطعون فيه إذ خول كل ذي شأن حق المنازعة في تحديد قيمة الأموال المشمولة بالحراسة وقيمة التعويض المستحق عنها خلال سنتين يوماً من تاريخ علمه أو إخطاره على يد محضر بهذا التحديد وبقية التعويض، فإن هذا الحكم يتحضر لمصلحة المدعين، ولا يتصور أن يكون قد أضر بهم. وليس لأحد - وعلى ما جرى بهه قضاء هذه المحكمة - أن يطعن على نص تشريعي يكون قد أفاد من مزاياه^(٢).

(١) لو أن تشريفاً ضارباً رفع حد الإعفاء من الأعباء العقلية، فإن قبول الطاعن لهذه الميزة وإن منعه من الطعن عليها بعد أن أرتضاها، إلا أن هذا القبول لا يسقط حقه في الطعن على ما تضمنه قانون الضريبة من أحكام أخرى.

(٢) القضية رقم ٥٥ لسنة ٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/٩/٥ ص ٢٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

المبحث الرابع عشر

امتناع الفصل في خصومة نزل رفعتها عن الحقوق التي يطلبها فيها

٤٥٦- النزول عن الحقوق إسقاط لها. وشرط ذلك توفر الدليل على إرادة للتخلي عنها، فلا يبقى لها من وجود بعد زوالها. فإذا نزل المدعى في الخصومة الدستورية عن الحقوق التي يطلبها، والتي تتعلق بها الترضية القضائية التي تستحقها؛ فإن هذا النزول يجرّد دعواه من كل فائدة كان يرتجيبها منها، فلا يكون ثمة محل تتطرق به الترضية القضائية التي ما أقام دعواه إلا بقصد الحصول عليها؛ وذلك سواء كان النزول عن هذه الحقوق صريحاً أم ضمناً، متخذاً سلوكاً أو تصرفاً قانونياً؛ وسواء تحقق هذا النزول بانقضاء ميعاد حده المشرع لانقضاء الحق^(١)، أم كان هذا النزول عملاً إرادياً.

وقد يتعلق للنزول بأحد الحقوق التي كفلها الدستور، كالنزول عن الحق في المشمول أمام محلفين^(٢)؛ أو عن الحق في الحصول على مشورة محام^(٣)؛ أو عن الحق في ألا يحمل للشخص على الإدلاء بأقوال يقوم بها للدليل على ارتكابه لجريمة بذاتها^(٤). وكذلك النزول عن الحق في ألا يحاكم غائباً^(٥)؛ وفي ألا يقبض عليه دون أمر قضائي وبداء على تحقيق^(٦).

وإذا كان النزول عن الحقوق جميعها -بما في ذلك تلك التي كفلها الدستور- لا يفترض، فقد تحين للقول بنزول المدعى في الخصومة الدستورية، عن الحقوق التي يطلبها فيها، أن يكون ذا صفة في اقتضاها، ثم تخلى عنها بعد أن علم علماً يقينياً -لا فرضياً أو حكماً- بحقيقتها وإبعادها. فإذا كانت الحقوق المدعى نزوله عنها من الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور لكل مواطن، فإن القضاء المقارن -وفي الدول الفيدرالية على الأخص- يستبعض كل قرينة تناقض هذا النزول. ذلك أن الحقوق التي كفلها الدستور للفيردالي لكافة المواطنين تعتبر من المسائل الفيدرالية التي يعود اتخاذ القرار النهائي بشأنها إلى المحاكم الفيدرالية، التي يتعين عليها أن تقرر ما إذا كان

(١) Yakus v. United States 321 U.S. 414, 444 (1944).

(٢) Brookhart v. Janis, 384 U.S. 1, (1966).

(٣) Johnson v. Zerbst 304 U.S. 458 (1938).

(٤) Escobedo v. Illinois 378, U.S. 478 (1964).

(٥) Singer v. United States 380 U.S. 24 (1965).

(٦) Zap v. United States 328 U.S. 624 (1946).

إخفاق المدعى في الخصومة الدستورية في اللجوء إلى الوسائل الإجرائية التي كفلها قانون الولاية للحصول على الحماية التي يطلبها للحقوق التي يدعيها، يأخذ حكم النزول عنها^(١).

١٥٧- وفي مصر، تقبل المحكمة الدستورية العليا تظلي المدعى عن الخصومة الدستورية التي رفعها، كلما جاز في القانون اعتباره تاركاً لها. فإذا نزل عن الحقوق موضوعها، فإن هذا النزول لا ينيها، إذ الشأن في إثباته لمحكمة الموضوع.

وفي الأعم من الأحوال لا يعود المدعى إلى هذه الخصومة بعد تركها؛ وإن جاز دائماً أن يرفعها من جديد أمام المحكمة الدستورية العليا وفق للقواعد المنصوص عليها في المادة ٢٩ من قانونها.

وفي هذا المقام يتعين التمييز بين ترك الدعوى والنزول عن الحق المتنازع عليه فيها. ذلك أن ترك الدعوى مؤداه عدم موالاة نظرها، وإقطاع صلة المدعى بها. ولكن هذا الانقطاع لا يحول دون رفعها من جديد طلباً للحقوق ذاتها التي كانت تنور حولها دعواه الأولى ما لم تنقاسم. ولا كذلك أن يسقط المدعى في هذه الخصومة الحقوق موضوعها، لأنه يزيلها بتخلي عنها. فعلاً إذا غرض مثل هذا النزول عن المحكمة الدستورية العليا، فإن تحققها من جواز لا يدخل في ولايتها. فإذا نزل عن الحق في دعواه الدستورية، وجب عليها ألا تقبل هذا النزول إلا إذا بان لها بتلييل قطعي استيفاءه لتسوية شاملة لهذا الحق تكفلها له السلطة التي جحدته، لتحل هذه التسوية الاتفاقية محل الترضية القضائية.

فإن لم تكن ثمة تسوية من هذا القبيل -وموضوعها بالضرورة حقوق من طبيعة مالية- فإن مضيقاً في نظر الخصومة الدستورية يكون واجباً. فالحق في التمييز عن التأميم أو عن نزع الملكية، وكذلك رد الأموال المصادرة إلى أصحابها، جميعها من الحقوق المالية التي تعتبر تسويتها من السلطة التي جحدتها، شرطاً لازماً للتظلي عن الخصومة الدستورية.

أما ما كان من الحقوق متصلاً بالشخصية الإنسانية، كالحق في الحياة وفي الحرية، وفي المساواة، وفي الطلق والإيداع، فإن النزول عنها يفيد عودة المتنازل إلى أوضاع السخرة والرق، وسحق آنية الإنسان فيه، وهو مالا يجوز.

(١) Parker v. Illinois 333 U.S. 571, 574 (1948).

المبحث الخامس عشر

امتناع الفصل في الممثل السياسية بطبيعتها^(١)

٤٥٨- قد يقيم الفرد خصومة قضائية تتوافر فيها كل الشروط التي يقتضيها الدستور والمشرع في ثلثن مقوماتها وأوضاعها التي ينتهي بها موضوعها للفصل فيه، كاكتمال عناصر نضجها، وحدة النزاع بين أطرافها. بيد أن موضوع هذه الخصومة قد يشير مسائل سياسية بطبيعتها لا يجوز معها إصدار حكم في موضوع النزاع^(٢) ذلك أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، لا تمتد إلى مسائل يتخذ الفصل قضائياً فيها. وتمثل الشؤون الخارجية للنطاق الأكبر لتطبيق نظرية الأعمال السياسية، على تقدير أن قضاء الشرعية الدستورية يتجنبون الفصل في الطريقة التي تدار بها هذه الشؤون بالنظر إلى اتصالها بالسياسة الوطنية، وتعد العناصر التي تدخل في تكوينها وتسميتها.

وعلى ضوء هذا المفهوم، يدخل تقدير ملازمة التفويض الصادر من السلطة التشريعية إلى رئيس الجمهورية، في إطار المسائل السياسية. ويندرج كذلك في نطاقها مباشرة السلطة التنفيذية لامتيازاتها التي اختصاصها الدستور بها. كقرارها بأن ممثلي الدول الأجنبية المعتمدين لديها، هم الذين أنابتهم دولهم عنها في تمثيلها^(٣)؛ وأن المعاهدة التي أبرمتها مع إحدى الدول الأجنبية، قد وقعها ممثلها^(٤). وليس لجهة الرقابة القضائية كذلك أن تجد اعترافها باستقلال إحدى الدول^(٥) أو أنها تبشر سيطرة فعلية على إقليمها^(٦)؛ ولا أن تتزاعها في قرارها بأن حرباً اضطرم أوارها وتدور رحاها بين دولتين أو أكثر، أو أن أعمالاً عدائية قائمة بينها^(٧)؛ ولا أن تخوض في قرارها بأن

(١) Scharpf, "Judicial Review and the Political question" A fundamental Analysis. 75 Yale law journal. 517, 566- 82 (1966); Finkelstein, "Judicial Self- Limitation. 37 Harv. L. Rev. 338, 361 (1924); Redish", Judicial Review and the Political Question". 79 N.Y.L. Review 1031, 1022- 1055 (1985).

(٢) Department of Commerce v.Montana 503 U.S.442 (1992).

(٣) In Re Bais 136 U.S. 403 (1890).

(٤) Doe v. Braden 75 U.S. 16 How , 635 (1853).

(٥) United States v.Palmer, 16 U.S. (3 Wheat) 610 (1818); Jones v. United States, 137 U.S. 202 (1890); Oetjen v.Central Leather Co., 246 U.S. 297 (1918).

(٦) Foster V. Nelson, 27 U.S. (2pet) 253 (1829).

(٧) Ware v. Hylton 3 U.S. (3Dall) (1796).

إحدى الدول التي كانت ترتبط معها بمعاهدة ثنائية، لم تعد تمثل شعبها، وأن كيانا جديدا قد حل محلها^(١). ولا أن تناقشها في الكيفية التي تدير بها علاقاتها السياسية^(٢).

ويعتبر كذلك من الأعمال السياسية:

١. قرار تكوين قوة نظامية سواء صدر بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بموافقة السلطة التشريعية. وسواء تعلق الأمر بإعداد هذه القوة أو تجهيزها أو تدريبها، أو بمعايير التحقق من كفاءتها، بما يقم بنيلها ويكمل نهوضها بمسؤوليتها^(٣).

٢. قرار الدخول في معاهدة دولية سواء بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية، أو بمشورة السلطة التشريعية، وموافقتها.

٣. قرار السلطة التنفيذية بإلغاء معاهدة دولية، ولو كان الدخول فيها مشروطا بموافقة السلطة التشريعية.

٤. قرار السلطة التنفيذية رفض الترخيص بالطيران فوق إقليمها لجهة أجنبية^(٤). كلما بني هذا الرفض على تقارير قدمت إليها الأجهزة الأمنية. وهي تقارير لا يجوز للجهة القضائية أن تحل نفسها محل السلطة التنفيذية في مجال تقييمها لتلك التقارير التي تنقسم بسريّة معلوماتها وبحساسيتها، ويتعذر كشفها لجهة الرقابة. فضلا عن أن الاطلاع عليها، تكثفه محاذير كثيرة ينبغي توقيها. كذلك فإن رفض هذا الترخيص يرتبط بعوامل كثيرة يعذر التكتبؤ بها، ويعود للنظر

(١) راجع في ذلك رأي القاضي Brennan في قضية Goldwater v. Carter, 444 U. S. 996 (1979) ويتلخص وقائعها في أن الحكومة الأمريكية المركزية ألغت معاهدة الإنقاذ المشترك بينها وبين تايلاند بعد اعترافها بجمهورية الصين الشعبية.

(٢) In re Baiz, 136 U.S. 403 (1890).

(٣) Gilligan v. Morgan 413 U.S. 1 (1973).

(٤) Chicago and S.Air Lines v. Waterman S.S Corp., 333 U.S. 103,111, (1948).

ويلاحظ أن قرار السلطة التشريعية بتوفير الشروط التي يتطلبها قانون أقرته في شأن أحد المخاطبين بأحكامه، لا يخبر من المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في توفير هذه الشروط أو تخلفها من إختصاص السلطة القضائية وحدها.

فيها إلى المسؤولين عن رخاء شعبيهم حتى لا يعاق. فضلا عن أن منح هذا الترخيص أو حجبته يتصل بالكيفية التي تكبر بها السلطة التنفيذية علاقتها الخارجية.

٤٥٩- وما يقال من أن نصوص الدستور جميعها ينبغي إحترامها، وأن على جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، أن تباشر ولايتها في شأن كل عمل أو إجراء يصدر مخالفا لها، أيا كان محتواه أو الهيئة التي صدر عنها؛ وإلا جاز التذرع بوجود ثمة مناطق من الدستور لا يجوز لجهة الرقابة القضائية أن تمد بصرها إليها^(١)؛ مردود أولاً؛ بأن المسائل السياسية تعصمها طبيعتها عن مراجعتها قضائياً؛ وأن ما قد يثور من جدل بشأنها لا يجوز أن يتناول حقيقتها، ولا ضرورة تجنبها؛ وأن معايير تطبيقها، وضوابط تحديدها -التي لا زال النزاع حولها محتكماً حتى في النظم غير الفيدرالية- هي التي ينبغي التركيز عليها، وأن توجه اهتمامنا لها.

ومردود ثانياً؛ بأن قضاء الشرعية الدستورية، وإن كانوا لا يفصلون في المسائل السياسية، فليس ذلك لأنهم يفضون أبصارهم عن مناطق في الدستور، فلا يرونها، ويتجاهلون بالتالي حقيقة أن نصوص الدستور جميعها لا تتأبى على التطبيق، وأنها في حقيقتها قانون يتعين فرض أحكامه على الدولة والناس جميعهم. ذلك أن السلطة القضائية إذ تقرر أن الدستور قد عهد باختصاص معين إلى الكونجرس أو إلى السلطة التنفيذية، فإنها لا تتخطى بذلك عن ولايتها، ولكنها تقرر فقط أن مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص معين بناء على نص في الدستور، لا يولد حقوقاً لآخرين يجوز استخلاصها قضائياً وتنفيذها جبراً *Judicially enforceable rights*.

ذلك أن تقرير هذه الحقوق وتنفيذها، لا يلتزم والسلطة المنفردة التي يملكها البرلمان أو التي تباشرها السلطة التنفيذية وفقاً للدستور. ولا يخول السلطة القضائية أن تحل محلها فيما قصره الدستور عليهما. ويقتضيها ذلك أن تتحقق أولاً مما إذا كانت السلطة التي يبشرها البرلمان أو السلطة التنفيذية واقعة في الحدود المنصوص عليها في الدستور. فإذا بان لها ذلك، فإن مزاحمة إحداهما في اختصاص أفراد الدستور لها، يكون لغواً.

ومردود ثالثاً؛ بأن السلطة القضائية إذ تحي نفسها عن الفصل في المسائل السياسية، فإنها لا تفصل في شرط المصلحة؛ ولا في شكل الترضية القضائية التي يستحقها المدعى في الخصومة

(١) Henkin, "Is There a Political Question Doctrine", 85 Yale L.J. 607- 17 (1976).

الدستورية؛ ولا في نوع الأضرار التي يقول بحوثها؛ ولكنها تقرر فقط أن الحقوق التي يطلبها المدعون في الخصومة الدستورية، يفترض أن ترتبط بأضرار أصابتهم بخير حق. وهو ما لا يتحقق في مباشرة الكونجرس أو السلطة التنفيذية لاختصاص أفراد الدستور لهما، إذ ليس ثمة قيود يمكن فرضها على هذا الاختصاص، وليس ثمة حقوق يمكن استخلاصها بالتالي كنتيجة مترتبة على تجاوز قيود نص الدستور عليها^(١).

٤٦٠- ومن المقرر كذلك أن تشخيص المسائل السياسية أو تصنيفها لفصلها عما سواها، لا يتأتى من خلال معيار عام يعتبر جامعا لكل فروضها، أو محيطا بصور تطبيقاتها على اختلافها. وإنما يعد في تحديد المسائل السياسية بتقريدها لا بتسميها، حتى تتحقق جهة الرقابة القضائية من نوافر متطلباتها في كل حالة على حدة^(٢).

Political questions may be more amenable to description by infinite itemization than by generalization.

ومع التسليم بأن مفهوم المسائل السياسية ليس مستعصيا على التحديد، وعلى الأقل في مناطق بنواتها تبدو فيها هذه للمسائل وثيقة الصلة بالحدود التي لحتجزها الدستور لكل من السلطين التشريعية والتنفيذية وفقا لضوابط الفصل بينهما؛ إلا أن مفهوم المسائل السياسية تطوّر في القضاء المقارن. ذلك أن النظرة التقليدية لها هي التي بلورها القضاء الأمريكي في قضية *Marbury v. Madison* وحاصلها أن يفصل قضاء التشريعية الدستورية في كافة المسائل الدستورية التي تعرض عليهم، وذلك فيما خلا تلك التي يكون الدستور قد ناط مسئولية اتخاذ قرار منها فيها بالسلطة التشريعية أو التنفيذية^(٣). وليس لهم بالتالي إحقاق أنفسهم في مسائل عهد الدستور بها إلى السلطة التنفيذية منفردة^(٤).

(١) Laurence H. Tribe, 97-98.

(٢) Frank, Political Questions, Supreme Court and Supreme Law (Bloomington, 1954), p.36.

(٣) Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 Harvard Law Review, 1,7 (1959); "Weston, Political Questions", 38 Harv. L. Rev., 296 (1925).

(٤) *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137, 170, (1803).

فقد تقرر في هذه القضية الأخيرة أن المسائل المستعيرة بطبيعتها سياسية، أو التي عهد بها للدستور إلى السلطة التنفيذية، لا يجوز أن تنظرها المحاكم.

ففي قضية Ware v. Hylton رفض القضاء الأمريكي النظر فيما إذا كان رئيس الجمهورية قد أخل بمعاهدة دولية^(١). وكذلك فيما إذا كان استدعاؤه الميليشيا بناء على تفويض من الكونجرس، يعتبر إجراء ملاماً أو غير ملام^(٢).

كذلك قرر القضاء الأمريكي -في قضية Luther v. Borden- أن وجود جبهتين متساحرتين تتصارعان على السلطة في جزيرة Rhode Island يخول الكونجرس دون غيره، أن يقرر أيتها هي الحكومة الشرعية. فإذا فصل في ذلك، تعين عليه أن يفصل بحنك فيما إذا كان شكلها يعد جمهورية أو لا^(٣).

وقد خول الدستور الأمريكي رئيس الجمهورية أن يوفر الحماية لكل ولاية في مواجهة اضطراباتنا الداخلية، وأن يتدخل بالقوة لإعادة الهدوء والنظام إليها بناء على طلب السلطة التشريعية في الولاية أو حاكمها.

ولرئيس الجمهورية في هذه الأحوال أن يحدد في نطاق سلطته التقديرية، الجهة التي تعتبر من منظوره، هي السلطة التشريعية في الولاية، ومن هو حاكمها.

وليس لجهة قضائية أن تقرر أن جهة غير التي عينها رئيس الجمهورية، هي السلطة التشريعية المحلية، أو أن شخصاً غير من حدده، هو حاكمها^(٤).

٤٦١- وعبر السنين، ظل تطبيق مفهوم المسائل السياسية قائماً على أن بعض المسائل الدستورية لا تقبل بطبيعتها الفصل قضائياً فيها Non Justiciable Issues. ودل القضاء المقارن على أن المسائل السياسية تكون كذلك:

(١) Ware v. Hylton, 3 Dall (3 U.S.) 199 (1796).

(٢) 12 Wheat (25 U.S.) 19 (1827).

(٣) Luther v. Borden 7 How. (48 U.S.) 1, (1849); See also Pacific States Tel v. Oregon 223 U.S. 118 (1912).

(٤) Luther v. Borden, 7 How. 48 (U.S.) 1, 40 (1849).

ويدخل كذلك في إطار المسائل السياسية تحديد من هو الحاكم الفعلي أو للشرعي De jure orde fact في دولة أجنبية.

١. إذا لم تتوفر لقضاء الشرعية الدستورية المعلومات اللازمة للفصل في النزاع وتعذر عليهم الحصول عليها^(١).

The lack of requisite information and the difficulty of obtaining it.

٢. أو إذا كان ضرورياً توحيد القرار في بعض المسائل، وإحالة إلى الأفرع السياسية التي تتولاها بحكم مسؤوليتها الأعرض^(٢).

The necessity for uniformity of decision and deference to the wider responsibilities of the political departments.

٣. أو إذا لم تكن لديهم معايير أو ضوابط ملائمة يستهضونها لحل النزاع المطروح عليهم

The lack of adequate standards to resolve a dispute.

٤٦٢- وتحدد المسائل السياسية بالتالي صوراً من القيود التي يطرحها للمستور على مباشرة قضاء الشرعية الدستورية ولايتهم. ومن ثم تكون المسائل السياسية جزءاً من مفهوم أشمل يتصل بالمسائل التي لا يجوز الفصل قضائياً فيها بوجه عام. وإذا كان قضاء الشرعية الدستورية يتجلبون الخوض في المسائل السياسية بما يضر بهيبتهم، أو يشي بسمعهم.

A way of avoiding a principled decision damaging to the court or an expedient decision damaging to the principle.

إلا أن من المحقق أن المسائل السياسية لا قيام لها، كلما كان الإخلال بقاعدة في الدستور -كذلك التي تتعلق بشرط الحماية القانونية المتكافئة- يولد حقوقاً لهؤلاء الذين أضر بهم قانون أهدر هذه القاعدة، أو حد من نطاق تطبيقها.

وخير مثال على ذلك قضية Baker v. Carr. ذلك أن موضوعها تعلق بتقسيم أرجاء مشروع الولاية للدوائر الانتخابية المختلفة في عدد سكانها، ولتي كان من شأن اختلافها على هذا النحو، أن صار للناخبين في الدوائر الانتخابية الأكثر كثافة في عدد سكانها، أصواتاً وزناً أقل من وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد سكانها، بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة بين

(١) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433, 453 (1939).

(٢) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217, 226 (1962)

هؤلاء وهؤلاء. وقام قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في هذه القضية على أسس أن المسائل السياسية؛ Political Questions غير للقضايا السياسية (Political Cases) وأن من سلطة المحكمة أن تفصل في كافة المسائل التي يطرحها المتدعون عليها كلما كان أساسها مجاوزة لاختصاص مقرر بالمستور؛ وأن معايير تطبيق شرط الحماية للقانونية المتكفلة فيما بين المواطنين بعضهم وبعض، يسهل إدراكها وتطبيقها، فلا يدخل النزاع المتعلق بها في نطاق المسائل السياسية^(١).

٤٦٣- وتحليل القضاء المقارن في شأن المسائل السياسية، يدل على أن جهة الرقابة على الدستورية إما أن تأخذ في شأنها بوجهة نظر تقليدية A classical view تلزمها بالفصل في كل خصومة تعرض عليها، ما لم تضر المسائل التي تثيرها -وفي حدود اجتهادها القضائي- بأن للمستور عهد بالفصل نهائياً فيها إلى السلطة التشريعية أو إلى السلطة التنفيذية.

وأما أن تأخذ بوجهة نظر تحوطية A prudential view تتولى بها لفصل في موضوع النزاع المطروح عليها، كلما كان الفصل فيه يقتضيها للتخلي عن مبدأ هام، أو للتضحية بهيبتها.

وإما أن تأخذ بوجهة نظر وظيفية A functional approach تلزمها بأن تولى اعتبارها لكافة العوامل التي تحول دون أدائها لوظيفتها القضائية بالطريقة السليمة. ويندرج تحتها صعوبة حصولها على المعلومات الكافية للفصل في الخصومة المطروحة عليها؛ وضرورة صدور قرار واحد في المسائل موضوعها، والمسؤوليات الأكبر الملقاة على عاتق السلطة التشريعية أو التنفيذية في شأن هذه المسائل.

٤٦٤- ويدل قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية Baker v. Carr على محاولتها تأسيس نظرية للمسائل السياسية، حتى تقوم لها أعمدها من خلال ضوابط تعين على تحديد مفهومها، وتبين أسسها. ذلك أنها تقدم لهذه المسائل من خلال عدد من المعايير التي حددتها، والتي تقول بأنها تظهر بنفسها، وتُطَلَّ برأسها في كل خصومة تكون المسائل المثارة فيها عن طبيعة سياسية.

(١) Pollack "Judicial Power and the Politics of the people", 72 Yale L.J. 81, 88 (1962), See Also, Bonfield "Baker v. Carr: New Light on the Constitutional Guarantee of Republican Government" 50 Calif. L. Review, 245, 253-55 (1963).

فالمعايير التي رددتها تعريفاً بالمسائل السياسية، وتولية لغموض جوانبها، هي التي يبانها:
أولاً: مسائل اختص الدستور بها- بصورة لا تخطئها العين- السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية.

A textually demonstrable constitutional Commitment to a coordinate political department

[وهذه هي وجهة النظر التقليدية في شأن المسائل السياسية]

ثانياً: مسائل لا تتوافر لجهة الرقابة على الدستورية بشأنها، المستويات القضائية التي تمكنها من البصر بها والارتكان إليها لحل النزاع المطروح عليها. ولا تتوافر بشأنها بالتالي لهذه الجهة معايير واضحة تمسكها بيدها، وضوابط قاطعة تستلهمها في حل ذلك النزاع.

A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it.

ثالثاً: مسائل يستحيل الفصل قضائياً فيها قبل أن تحدد جهة غير قضائية -في حدود سلطتها التقديرية- سياستها للمبدئية بشأنها.

The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion.

[والمعياران المشار إليهما في ثانياً وثالثاً، يبلوران وجهة النظر الوظيفية لجهة الرقابة القضائية على الدستورية في شأن تحديد المسائل الدستورية].

رابعاً: مسائل يستحيل على جهة الرقابة القضائية أن تصدر قراراً بشأنها تستقل به عن السلطتين التشريعية والتنفيذية بغير أن تتجاهل فريضة الاحترام التي ينبغي أدائها لهاتين السلطتين.

The impossibility of a court's undertaking independent decision without expressing lack of the respect due coordinate branches of the government .

خامساً: ألا يكون أمام جهة الرقابة القضائية على الدستورية خيار غير الانضمام إلى قرار سياسي صدر فعلاً.

An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made.

سياسيا: رجحان الوقوع في الحرج من جراء صدور أكثر من قرار في موضوع واحد من أكثر من فرع من فروع الحكومة.

The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

[المعايير المشار إليها في رابعاً وخامساً، وسادساً، تابعة جميعها من النظرة التحوطية لجهة الرقابة على الدستورية في معالجتها للمسائل الدستورية التي تطرحها الخصومة المطروحة عليها].

٤٦٥- والفكرة الجامعة بين الضوابط التي حددت بها المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية مفهوم ونطاق المسائل السياسية التي تخرج عن حدود الوظيفة القضائية، أن هذه المسائل جميعها مستعصية بطبيعتها على الفصل قضائياً فيها لاعتبار كامن فيها - Inherently non-justiciable - لأن ثمة مناطق من الدستور ينبغي حجبتها عن السلطة القضائية فلا تد بصرفها إليها - وإنما لأن الدستور عهد بالفصل في بعض المسائل الدستورية إلى غير السلطة القضائية، فلا يجوز أن نقحم نفسها فيها.

٤٦٦- والناقضون لمفهوم المسائل السياسية؛ يرون أن جهة الرقابة على الدستورية كان يكفيها إما أن تقرر أن المسائل التي تدخل في الولاية المنفردة للسلطة التشريعية والتنفيذية، لا تجوز رقابتها قضائياً؛ وأما أن تقرر انتفاء مصلحة المدعى في الخصومة الدستورية في الطعن على المسائل التي تراها من طبيعة سياسية؛ أو تعطن صعوبة تقرير القرضية للقضائية الملائمة في شأنها^(١).

ووجهة نظر هؤلاء الناقدين يعيبها:

أولاً: أن السلطة ينبغي توزيعها بما يحول دون تنازع الأفرع التي تمارسها، أو تنافسها فيما بينها. ولا يجوز أن نتخذ من غموض نصوص الدستور موطناً لهم قاعدة الفصل بين السلطاتين

(١) Henkin, "Is there a 'Political Question' Doctrine," 58 Yale law Review, 607- 17 (1976).

التشريعية والتنفيذية من ناحية والسلطة القضائية التي تكافئها في وزنها من ناحية ثانية. ذلك أن لكل سلطة ولاية تتحدد على ضوء طبيعة وظائفها والأغراض المقصودة من إسنادها إليها. وفي منطقة الفصل هذه، تظهر المسائل السياسية في الأعم من تطبيقاتها. ومما يناقض الوظيفة التي تقوم عليها جهة الرقابة على الدستورية، أن نقم نفسها في مسائل تختص الدستور بها السلطة التشريعية، أو السلطة التنفيذية، وفوضهما باتخاذ القرار النهائي فيها.

ثانياً: لأن جاز القول بأن نصوص الدستور تقبل بطبيعتها تنفيذ أحكامها في مواجهة المخاطبين بها، إلا أن نظرية المسائل السياسية لا تفترض في جهة الرقابة على الدستورية أن تكون عمياء بالنسبة إلى مناطق الدستور. ذلك أن هذه الجهة لا تتخلى عن وظيفتها حين تنظر إلى بعض المسائل الدستورية بوصفها من طبيعة سياسية. ولكنها تقرر فقط -وفي حدود سلطتها في تفسير الدستور- أن العمل أو الإجراء الصادر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية في موضوع معين، لا يولد حقوقاً يجوز تنفيذها قضائياً. Does not yield judicially enforceable rights، وفرضها بالتالي على هاتين السلطتين. وعليها من ثم أن تفصل ابتداء فيما إذا كان الممثل أو الإجراء الصادر عن إحداها يدخل في إطار المهام التي لخصتها الدستور بها، وقصرها عليها.

وقضاؤها في ذلك لا يتعلق بالمصلحة الشخصية المباشرة للمدعي في الخصومة الدستورية، ولا بنوع الأضرار التي عانى منها، ولا بطبيعة الترضية التي ترد العدوان عن الحقوق التي يدعيها. وإنما يتعلق قضاؤها بما تنفرد به السلطان التنفيذية والتشريعية بناء على نص في الدستور؛ وما إذا كان بوسعها أن تستخلص من هذا النص، الحقوق التي يطلبها المدعي في هذه الخصومة.

بما مؤده أن ما ينبغي أن نخوض جهة الرقابة على الدستورية فيه، هو ما إذا كان في استطاعتها أن تترجم مبدأ أو أكثر كامناً وراء نص في الدستور، إلى قيد على السلطة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن الإخلال بالقيد هو وحده الذي يفرز الحقوق الفردية التي يجوز طلبها وتنفيذها قضاء من خلال تخرجها على نصوص الدستور بعد تفسيرها.

فلا تفصل نظرية الأعمال السياسية -في مدلولها ومحتواها- عن المسائل التي يجوز الفصل قضائياً فيها. وفي ذلك تحديد لإطار الوظيفة القضائية، وتقرير لتخومها^(١).

ثالثاً: أن الأعمال لا تعتبر سياسية بناء على درجة أهميتها للسلطة التشريعية أو التنفيذية. ذلك أن المسائل السياسية غير القضايا السياسية.

فالذين يدعون بأن تقسيم المشرع للدوائر الانتخابية، وتحديد المقاعد التي تخص كلا منها، قد أغفل تفاوتها في عدد سكانها، وحط بالتالي من وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأكثر كثافة في عدد سكانها، بالقياس إلى وزن أصوات الناخبين في الدوائر الأقل في عدد المقيمين بها، إنما يركزون مناعهم على إخلال هذا التقسيم بشرط الحماية القانونية المكافئة. وهو شرط يولد حقوقاً فردية يجوز تنفيذها قضاء على ضوء المعايير والمستويات التي ألفتها جهة الرقابة على الدستورية وطورتها في مجال تطبيق هذا الشرط^(٢).

رابعاً: أن مفهوم المسائل السياسية ليس إلا استثناء من أصل خضوع المسائل الدستورية للرقابة على الشرعية للدستورية. ولا يحول هذا الأصل دون النظر إلى بعض المسائل للدستورية باعتبار أن جهة الرقابة على الدستورية غير مهيأة للفصل فيها -suited - III بالنظر إلى طبيعتها، كالمسائل الحيوية التي لا يجوز أن يكون للدولة فيها غير صوت واحد. Single voiced statement of the Governments' views.

كذلك المتعلقة بإدارة الدولة للشئون الخارجية. ولا يتصور بالتالي أن يعدل حكم قضائي من بنیان السياسة الخارجية التي تستقل السلطان التشريعية والتنفيذية برسمها، ولا أن يوجهها بمسا يضر بمصالحها. خاصة وأن خطأ جهة الرقابة على الدستورية في مجال تقييم هذه المسائل للدستورية، قد يكون فادحاً في تكلفته، وقد يعوق تنفيذ تدابير لها صلة وثيقة بالأمن القومي كإدارة الدولة لعملياتها الحربية.

(١) قررت المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية أن الفصل فيما إذا كتبت الحكومة القائمة في الولاية هي الحكومة لشرعية، أم أن الثوار الذين يجنون مملكتها ويتزعزعونها فيها، هم الأحق بتولي شؤونها، لا يدخل في اختصاصها، بل يفرد الكونجرس بالفصل فيه.

Luther v. Borden, 48 (7 How. 1) (U.S.1849). وراجع أيضاً: Laurence H. Tribe, American Constitutional law, second edition, pp. 97-98.

(٢) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

ويتعين بالتالي أن تنقيد جهة الرقابة على الدستورية في هذه الأحوال -وما يماثلها- بأن يكون موقعها منها قائما على التحوط، وأن تنظر إلى نفسها -لا باعتبارها جهة قضائية خولها الدستور سلطة الاعتراض على كل قانون، وكل إجراء أو تكبير صدر عن السلطة التشريعية أو التنفيذية A veto power- وإنما بوصفها نقطة التوازن بين سلطتين أخريين منتخبين، لكل منهما اختصاصاتها التي كفلها الدستور، وينبغي أن يتاح لهما قدر من حرية التقدير فيما تنفردان به من الشئون، ما فتتتا ملتزمين بنحوم الولاية التي حددها الدستور لكل منهما.

خامساً: أن جهة الرقابة على الشرعية للدستورية لا تتخطى عن مسؤوليتها في ضرورة ضبط المسائل السياسية، وتقرير ما يندرج تحتها أو يخرج عنها.

وهي تعيد النظر في نطاقها من أجل حصرها في دائرة ضيقة، وعلى الأخص لأن عنصر الزمن كثيرا ما يدخل تغييرا على مفاهيمها بما يحل مما كان مستقرا من ثوابتها. فلا تتداح دائرتها، ولا تتحول المسائل السياسية إلى جوامد تفرض نفسها على جهة الرقابة على الدستورية، وكأنها الحقيقة التي لا تتبدل. وإنما يظل نطاق المسائل السياسية مرنا منحصرا في حدود منطقية، ودائما عن معايير جامدة لها قواها الصماء التي تصبها هيها جهة الرقابة على الشرعية الدستورية.

وأظهر مثال على ذلك أن تقسيم السلطة التشريعية للوائز الانتخابية، كان يعامل باعتباره من الحقوق الثابتة لها التي لا يجوز نقضها. وكان ينظر إلى الطريقة التي اختطها هذه السلطة لإجراء ذلك التقسيم باعتباره من إطلاقاتها، وأن جهة الرقابة على الدستورية مجردة من الوسائل القضائية التي تعيد بها تقسيم هذه اللوائز بما يكفل تناسبا قدر الإمكان بين عدد سكانها والمقاعد المرصودة لها في المجالس ذات الصفة التمثيلية. ولا يجوز لها بالتالي أن تقحم نفسها في أدغال سياسية A political thicket which Courts ought not to enter تتغلق دروبها عليها وتتوه بيسر أغصانها في تشابكها وتعدها^(١).

(١) Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946).

وقد قرر القاضي فرانكفورت في هذه القضية أن المدعين يطالبون في هذه القضية من المحكمة ما يخرج عن اختصاصها. وأن النزاع حول دستورية تقسيم اللوائز الانتخابية في هذه القضية، من طبيعة سياسية صرفه، ولا يجوز بالتالي الفصل قضائيا فيه.

واليوم تحول هذا المفهوم من التقيض إلى التقيض. إذ صار ثابتاً أن هذه الأدغال لا وجود لها إلا في ظل من يتوهمونها، وأن ما تراه السلطة التشريعية ملاكماً من للنظم والدوائر الانتخابية سواء في مضمونها أو تقسيماتها، مشروط بضمائها للحقوق السياسية لمواطنيها، والتي ينبغي أن تحتها أن تتكافأ أصولهم في وزنها، وأن يكون لكل دائرة انتخابية عدد من المقاعد في المجالس التمثيلية يتحدد قدر الإمكان بمراعاة عدد سكانها.

Equal representation for equal number of people as nearly as possible.

سادساً: أن تمييز السلطة التشريعية أو التنفيذية بين مواطنيها، لا يجوز أن يعامل كتعبير عن سياسة اختطتها لا يجوز مناقشتها فيها. ذلك أن كل تمييز غير مبرر لا يدل إلا على تحكمها وتشهدها. ويستحيل أن يكون عملاً سياسياً.

سابعاً: أن تعدد الفصل في بعض المسائل للدستورية أو تشابكها في العناصر التي تقوم عليها، لا يحلها بالضرورة إلى مسائل سياسية تغاير في نوعها -لا في درجتها- غيرها من المسائل الدستورية التي تنفرد جهة الرقابة على الدستورية أصلاً بالفصل فيها. وعليها بالتالي أن تتخذ قراراتها في كل شأن يطبق بوظيفتها القضائية استقلالاً عن السلطان التشريعي والتنفيذي، ولو كان قضاؤها في المسائل الدستورية المطروحة عليها يصادم توجهها لإحداها أو يحرجه.

ثامناً: أن امتناع الفصل قضائياً في المسائل السياسية، مرده أن تدخل جهة الرقابة على الدستورية فيها، أن يسمعها في أن تستخلص من نصوص الدستور المدعى مخالفتها لأحكامها، حقوقاً فردية لأصحابها، وأن اقتحام هذه المسائل كثيراً ما يقترن بأثار ضارة عليها أن تجلبها، ويندرج تحتها أن تعمد السلطان التشريعي والتنفيذي عليها، فلا تتفاد أحكامها فيما يختصهما الدستور بتقريره. ولا يتصور بالتالي أن تصدر جهة الرقابة على الدستورية قراراً سياسياً في موضوع الخصومة التي تنظرها، وإما تقتصر مهمتها على الفصل بحكم تصدره، في المسائل القانونية التي تثبرها هذه الخصومة^(١).

(١) Edward L. Barrett Jr., William Cohen., Jonathan D. Varat, "Constitutional law, Cases and Materials", eighth edition, 1989,p.144

تأسيماً: أن نصوص الدستور لا يجوز أن تصدر بأن رصد كل خروج عليها أمر تتولاها السلطان التشريعية والتنفيذية دون غيرهما في نطاق المحاسبة السياسية، وليس على صعيد المسؤولية القانونية^(١).

٤٦٧- ويلبغى أن يلاحظ في شأن المسائل السياسية ما يلي:

١. أن السلطة التي تباشرها جهة الرقابة على الدستورية في مجال التعبير النهائي للدستور، هي الضمان للقاطع لإنهاء كل جدل حول مضمونه. ومباشرتها لهذه السلطة ليس من شأنه إحراج السلطتين التشريعية والتنفيذية أو إحداهما، أو تجريحها، أو مناطقتها في طريقة فهمها للدستور. إذ لا يجوز أن نفترض توافقا فيما تراه جهة الرقابة على الدستورية، وهاتين السلطتين، تفسيراً صائبا لأحكامه. فلا يكون أمام هذه الجهة إلا أن تتحمل بمسئوليتها القضائية فصلا في المسائل الدستورية التي طرحتها الخصومة القضائية، وبغض النظر عن آثار حكمها.

٢. أن المسائل التي تتصل بإدانة السلطة التنفيذية لشئون علاقاتها الخارجية سواء كان قرارها فيها منفردا أم بالتعاون مع السلطة التشريعية، لا تعتبر جميعها من المسائل السياسية. ذلك أن واقعة إبرام معاهدة دولية أو إنهاء العمل بها، وإن صح اعتبارها من المسائل السياسية، إلا أن الفصل في دستورية المعاهدة سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها، أو من ناحية توافق أحكامها مع مضمون نصوص الدستور، يظل حقا لجهة الرقابة على الدستورية. كذلك يجوز لهذه الجهة، إذا لم يكن قد صدر قرار عن السلطة السياسية بإنهاء معاهدة أبرمتها، أن تفسر الأوضاع التي أحاطتها بعد العمل بها بما يفيد زوال آثارها.

وكما كان للقرار بإنهاء معاهدة دولية، مقتضيا تكملا من السلطة التشريعية وفقا للدستور، فإن قرار رئيس الجمهورية بالتدخل منها، ويكون مخالفا لأحكامه بما يستتبع الولاية التي تباشرها جهة الرقابة القضائية في شأن المسائل الدستورية. ذلك أن تلك الجهة إنما تطبق قواعد الدستور التي وزع بها الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. وهي بعد قواعد لا يحتاج تطبيقها إلى موازين تنفكر إليها السلطة القضائية.

(١) فالجواب الذي يعطيه رئيس الجمهورية على دولة أخرى ولو كان مختصا بإعلانها بمقتضى الدستور، يجوز أن تسلكه السلطة التشريعية عنها سياسيا.

٣. أن اعتبار الأعمال التي خص الدستور بها السلطة التشريعية أو التنفيذية من الأعمال السياسية، لا يتوخى غير ضبط الإيقاع في الدولة. ولا يتصور بالتالي أن يكون التحكم أو تفرط عند النظام العام من مقوماتها أو نتائجها^(١).

٤. كلما كان الفصل في الخصومة الدستورية، متضمنا اختراق عناصر من طبيعة سياسية، خرج موضوعها عن إطار المسائل التي يجوز الفصل قضائيا فيها.

٥. أن تقرير ما إذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية امتياز وفقا للدستور، يقتضي أن تفصل جهة الرقابة على الدستورية أولا فيما إذا كان الدستور قد خولها هذا الامتياز. وعليها يعتد أن تحدد مداه. ذلك أن الأصل في كل امتياز مقرر بناء على نص في الدستور، هو أن يفسر لى حدود ضيقة لضمان خضوع الدولة بكل سلطاتها للقانون. وإذا كان للسلطة التشريعية أو التنفيذية أن تنتزع بصور الدستور للدفاع عن اختصاص كفه الدستور لها، فإن شرط ذلك هو أن تقتيد بالضوابط التي فرضها الدستور عليها للحصول على الحقوق التي يخولها هذا الاختصاص.

ذلك أن كل امتياز ليس مطلقا، بل يتعين أن يكون موصوفا، ومقيدا بالأغراض التي يتوخاها. فإذا جاوزتها السلطة التشريعية، ولو كان قرارها في ذلك بأغلبية ثلثي أعضائها، تعين ردها على أعقابها، وإلزامها بالحدود التي فرضها الدستور على نشاطها، والتي لا يجوز إبدالها من خلال اقتراع السلطة التشريعية على تجاوزها.

٦. أن التحوط في مجال الفصل في المسائل الدستورية، وإن ألزم جهة الرقابة على الدستورية بالألتزاق في نزاع شجر بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وألا تستيق الفصل فيه قبل أن تنهيا لهما فرص حله بطريقة هادئة، ومن خلال الوسائل السياسية لا القانونية، إلا أن شرط ذلك ألا تحكم إحداهما في خلاتها مع الأخرى، لأحكام الدستور ذاتها من خلال الخصومة الدستورية.

(١) فإعلان الدولة بدء أعمال عنفانية ضدها ولستاع النظر في دستورية هذا الإعلان، لا يتوخى غير توكيد المخاطر التي تواجهها، وحشد الجهود لدعم عملياتها الحربية، فلا يتردد أحد في معاونتها والخضوع لتعليماتها الصادرة في هذا الشأن.

ذلك أن النزاع بين هاتين السلطتين -وكلما انحل إلى عدوان من إحداهما على الولاية التي أثبتتها الدستور لشريكتها في الحكم- لا يدخل في إطار المسائل السياسية، ولا يعتبر من جنسها؛

٧. كلما كانت المعايير التي تطبقها جهة الرقابة على الدستورية عند الفصل في النزاع المعروض عليها -وسواء تعلق الأمر بمضمون هذه المعايير أو مستوياتها- لا توصلها إلى حل لموضوع الخصومة الدستورية، فإن المسائل التي تطرحها هذه الخصومة، تعتبر بناء على هذا الاعتبار وحده، من المسائل السياسية.

٨. نفترض المسائل الدستورية في بعض تطبيقاتها، ألا تعيد جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، تقييم قرار صدر عن السلطة التنفيذية أو التشريعية في مسائل اختصاصها الدستور بالحكم عليها.

يبدو أن جهة الرقابة على الشرعية الدستورية تظل مختصة بالفصل فيما إذا كان الدستور قد خول هاتين السلطتين أو إحداهما، سلطة اتخاذ هذا القرار. ذلك أن حدود هذه السلطة من المسائل التي تفصل هذه الجهة فيها وفقاً للدستور. ولا شأن لها بالتالي بالتقدير السياسي.

ويتعين بالتالي النظر إلى إلغاء السلطة التنفيذية لمعاهدة دفاع كانت قد أبرمتها مع إحدى الدول بعد اعترافها بدولة أخرى كممثل وحيد لشعبها، باعتباره من المسائل السياسية. ذلك أن إلغاءها معاهدة الدفاع للمشار إليها، نتيجة مترتبة بالضرورة على سلطتها في أن تقرر بنفسها أن دولة أجنبية تمثل شعبها؛ أو التخلي عن اعترافها بشرعيتها.

٩. إذا شرط الدستور لجواز إجراء معين -كالتصديق على معاهدة دولية- تدخل السلطة التشريعية، فإن اتخاذ هذا الإجراء بغير الرجوع إليها يعتبر مخالفاً للدستور، ولا يندرج بالتالي في إطار الأعمال السياسية.

ولا كذلك أن يكون الدستور قد اختص رئيس الجمهورية دون غيره باتخاذ هذا الإجراء، إذ يعتبر معهوداً به إليه وحده بناء على نص في الدستور، وداخلاً بالتالي في إطار المسائل السياسية^(١).

١٠. طلب الحصول من خلال الخصومة الدستورية على حقوق سياسية يكفلها الدستور، لا يفيد بالضرورة أن المسائل المثارة فيها من طبيعة سياسية^(٢).

١١. أن المسائل السياسية يستحيل أن يجمعها معيار عام يحيط بكل صورها، ولا ربطها بمصالح بذواتها تتحد بينها في موجباتها. ذلك أن مثل هذا المعيار -إن وجد- يكون عصياً على التحديد لجموده، وغير ملائم كذلك لمفاهيم المسائل السياسية المتغيرة بطبيعتها، والمتطورة عناصرها في إطار من التقييم المتواصل للصور التي تدرج تحتها، وإن ظل تكييفها دائراً حول تحيز الفصل قضائياً فيها، إما بناء على نص في الدستور، أو لتعارض الفصل فيها وخصائص الوظيفة القضائية التي تفرض التحوط من جهة، وتوافر الموازين الدقيقة والمعلومات الكافية التي ينهيا بها الفصل في المسائل الدستورية.

وفي إطار هذا الضابط العام، تتحدد للمسائل السياسية ملامحها الرئيسية، فلا تكون حركتها غير تماوج بتصل بالرقابة على الشرعية الدستورية في توثيقها وتراجعها، في اتساعها وانكماشها، في ترددها وانقفاها.

١٢. أن جهة الرقابة على الدستورية لن تحقق الأمل المعقودة عليها بإسرافها في تطبيق نظرية الأعمال السياسية.

وإن ترتبط جرائها كذلك بظها ليدها عن تطبيقها في حدود منطقية تتوازن بها شروط مباشرتها: لوظيفتها القضائية -على ضوء خصائص هذه الوظيفة ومتطلباتها- بالقيود الضرورية التي تفرضها كوابحها، وبقتضيتها حذر^(٣).

(١) أنظر في ذلك الآراء الموافقة لكل من القاضى Rehnquist والقاضى Stewart والقاضى Stevens وذلك في قضية Goldwater v. Carter 444 U.S. 996 (1979).

(٢) Parker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

(٣) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

١٣. اضطرد القضاء للمقارن على أن اعتبارين يهيمنان على نظرية الأعمال السياسية، هما ملاءمة اتخاذ السلطة للتنفيذية أو التشريعية لقرار نهائي في المسائل التي اختصها الدستور بها؛ وكذلك انقضاء المعايير والموازن التي تفصل السلطة القضائية على ضوئها في المسائل التي تطرحها الخصومة الدستورية.

ولعل المعيار الثاني هو أكثر المعايير للمنطقية لضبط المسائل السياسية. ذلك أن الفصل في الخصومة الدستورية، يفترض دائما أن يتوافر لقضاء الشرعية الدستورية المعلومات الكافية، والموازن الدقيقة مستوياتها، للملائمة مداخلها، والتي يتهيأ لهم بها الحكم على أعمال ألتها المبلطة التشريعية أو التنفيذية تقيما لها.

فلذا نعلق موضوع الخصومة الدستورية، بأن تحديلا للدستور قد مسقط لعدم التصديق عليه خلال ميعاد معقول؛ وكان ميعاد التصديق على هذا التعديل غير محدد بنص في الدستور أو في القانون؛ وكانت السوابق لا تدل على ضوابط محددة تبين المدة المعقولة التي يسقط بفواتها كل اقتراح بتعديل الدستور غير مصدق عليه؛ وكانت هذه المدة -حتى وإن أمكن توقعها- ترتبط بنطاق التعديل ومداه، وبالأثار التي يترتبها، وتتدخل فيها كذلك عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية يتحذر رصدتها وصولا إلى أغوارها؛ وكانت هذه العوامل حتى مع إمكان تشخيصها والبصر بها عند اقتراح التعديل، قد تتغير بصورة جوهرية وقت عرضه للتصديق؛ وكان مثل هذا للتغيير مؤداه أن العناصر التي كان التعديل يقوم عليها، وكذلك موجهاتها، لم يعد لها من وجود؛ فإن تحديد قضاء الشرعية الدستورية للمدة المعقولة التي يسقط بفواتها تعديل غير مصدق عليه، مما يخرج عن موازين التقدير التي تملكها، فلا يكون تحديد هذه المدة إلا عملا سياسيا تتولاه السلطة التشريعية بنفسها^(١).

١٤. كلما ناهض امتياز مقرر للسلطة التنفيذية، إحدى القيم التي احتضنها الدستور، تعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تولزن بينهما، وأن تصدر حكمها على ضوء الموازنة التي أجرتها.

(١) Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

فامتياز رئيس الجمهورية في ضمان سرية أحيائه مع معاونيه الآخرين حتى يتخذ قراراته بصورة سليمة على ضوء نصائحهم التي لا يترددون في إبدائها كلما كان كتمانها مكفولاً؛ يقابله حق السلطة القضائية في أن تفصل في واقعة الاتهام الجنائي المعروضة عليها على ضوء أدلتها، ولو كان من بينها حوار أجراه رئيس الجمهورية مع معاونيه إذا كان تحقق السلطة القضائية من حقيقة ذلك الحوار ومضمونه، يتم في غرفة مغلقة، ويقرر تعلق الوثائق التي تسجل هذا الحوار، بالاتهام الجنائي للقائم.

كذلك فإن اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة عضوية أعضائها المكفول لها بناء على نص في الدستور؛ ينبغي أن يقابل بحق السلطة القضائية في التحقق من أن حجبتها هذه العضوية عن شخص يدعيها، لا يناقض الشروط التي فرضها الدستور في مجال كسبها.

٤٦٨- وفيما يلي عرض لكل من هذين الامتيازين:

أولاً:

الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية في ضمان سرية أحيائه التي يجريها مع معاونيه

في قضية الولايات المتحدة الأمريكية ضد رئيسها نيكسون^(١) أصدرت إحدى المحاكم أمراً يلزم رئيس الجمهورية بأن يقدم إليها الشروط التي سجل عليها بعض أحيائه مع عدد من معاونيه لصلتها باتهام جنائي قائم.

إلا أن رئيس الجمهورية رفض تنفيذ هذا الأمر، مستكداً في ذلك إلى أن للسلطة التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز نقضها من خلال إلزام رئيس الجمهورية بأن يقدم الأشرطة التي تسجل حوارها مع معاونيه، حتى لا يفقد هؤلاء نقمهم في سرية مناقشتهم مع رئيس الجمهورية، فضلاً

(١) كان الرئيس نيكسون يربط لإعادة انتخابه رئيساً للجمهورية عن مدة ثمانية. وحتى يدعم فرص إعادة انتخابه أمر عدداً من معاونيه باقتحام مقر الحزب الديموقراطي في وترجيت، ووضع أجهزة للتنصت على ما يدور فيه حتى ينفذ على الصورة الكاملة للخطط التي وضعها هذا الحزب في معركة إعادة الترشيح للرئاسة. وقد كشفت الصحافة عن حقيقة هذا الإقحام. وأسفر التحقيق فيه عن اتهام سبعة أشخاص من معاوني الرئيس بجرائم مختلفة من بينها إهانة المدلة والتآمر للتكليس على الولايات المتحدة الأمريكية.

يعبرون بصديق عن آرائهم، وإنما يترددون في الإدلاء بها، ويتحفظون من المسؤولية عنها، فلا تنتم هذه الآراء بالموضوعية والتجرد، ولا يظفر رئيس الجمهورية بالنصيحة للصائبة التي يتخذ على ضوءها قراراته، ويتحمل المسؤولية عنها.

بيد أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تومع تسليمها بأن للسلطة التنفيذية امتيازاتها التي لا يجوز إنكارها- كان حكمها قاطعاً في أن امتيازاتها هذه مقيدة بحدود لا يجوز تخطيها، وهي تقم قضاءها في ذلك على دعائم حاصلها:

أولاً: أن اتخاذ رئيس الجمهورية لقراراته ينبغي أن يقوم على التلطيل الموضوعي لعناصرها على ضوء المفاضلة التي يجريها بين الآراء التي يطرحها عليه معاونوه- ليس كان مضمونها أو درجة حتمها أو اندفاعها أو مساسها بآخرين- وكذلك بمراعاة حريتهم في أن يصروه بما يرونه صواباً في المسائل التي يناقشونها، وهم والتقون من كتمانها حتى لا يسألهم أحد يوماً عنها.

ثانياً: أن الامتياز المقرر لرئيس الجمهورية لضمان سرية أبحاثه مع الدائرة الضيقة لمعاونيه، فلا تنتهيبها أذان أو وسائل علمية تريد اختراقها، وإن كفل لرئيس الجمهورية أفضل الوسائل لتحديد خياراته، وتقرير السياسة التي يلتزمها في المسائل القومية؛ إلا أن هذا الامتياز ينبغي أن يتوازن بمبدأ الخضوع للقانون، وهو مبدأ ظل تاريخياً قاعدة للحياة الأمريكية، وعلى الأخص في مجال إدارة العدالة الجنائية التي يحكمها مبدأان هما: أن يردع الجناة فلا يفلتوا من ذنوبهم، وأن يطلق سراح الأبرياء حتى لا يعانون Guilt shall not escape or innocence suffer.

ثالثاً: أن كل واقعة يقوم عليها الاتهام الجنائي يتعين إثباتها. وإغفال تحقيقها يضر بالعدالة الجنائية ويؤذيها فلا تقوم على ساقها. وعرض واقعة الاتهام بصورة مبسرة، أو إغفال أدلتها أو بعض جوانبها، لا يظهر حقيقتها، ولا يقيم الدليل على عناصرها.

رابعاً: أن لسلطة الاتهام الوسائل الإلزامية التي تستطيع بها حمل الجهة التي لديها دليل يتعلق بالتهمة الجنائية، على أن تقدم إليها هذا الدليل لنفيها أو لإثباتها. فإذا لم يكن لذلك الدليل مسن صلة بها، أو كان لا يجوز القول به قانوناً؛ فإن حمل رئيس الجمهورية على تقديمه لا يجوز احتراماً من السلطة القضائية لحقوقه الثابتة في كتمان أبحاثه مع معاونيه، حتى ما كان منها

محدود الأهمية. ذلك أن لأحدثه هذه قد تقتول عرضاً رؤساء دول أو زعماء بارزين . ويتعين كأصل عام حجبها عن يريون النفاذ إليها.

خامساً: كلما كان امتناع رئيس الجمهورية عن تقديم دليل يقيد في تحقيق الدعوى الجنائية، ولا يتصل بأسرار سياسية يجب الحفاظ عليها، ولا بضرورة بقتضيتها الأمن القومي، فإن إغفاء يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة، ويهدر الوظيفة القضائية في أعق توجهاتها، ويخل بما هو مقرر من أن لكل تهمة جنائية وللمتها التي لا يتصور إثباتها أو نفيها إلا من خلال أدلتها. فضلاً عن أن المصلحة العريضة لرئيس الجمهورية في كتمان حواراته مع معاونيه، لا يجهضها أن تتصل المحكمة الجنائية بجزء محدود منها يرتبط بالاتهام الجنائي برابطة وثقى.

سادساً: أن الذين يعاونون رئيس الجمهورية في المهام التي يقوم عليها لا يترددون في عرض آرائهم عليه عرضاً أميناً، لمجرد أن بعض جوانبها التي تتصل باتهام جنائي قائم، قد يماط للثام عنها. وليس لأقوال رئيس الجمهورية وتعليماته وأحدثه؛ حصانة تمتد إلى كل صورها حتى ما تعلق منها بدعوى جنائية لا يتصور الفصل فيها بغير أدلتها. وإنما يتعين موازنة امتياز رئيس الجمهورية في سرية أقواله وتعليماته وحواراته، بأثر هذه السرية في صورتها المطلقة على قواعد إدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة.

سابعاً: إذاً كان من الصحيح أن نقرا من السرية يتعين إضفاؤه على بعض الوثائق، أو على صور من الحوار بقدر تعلق هذه السرية بمصالح جوهرية لها وزنها وصلتها بفعالية نهوض رئيس الجمهورية بمسؤولياته الجسام؛ وكان واجبا على المحاكم جميعها أن توفر لرئيس الجمهورية كل توفيق على صعيد المهام التي يتولاها؛ إلا أن من الصحيح كذلك أن إضفاء السرية المطلقة على كل وثيقة تتصل بعمل الرئيس، وكذلك في شأن كل حوار أجراه، هو تصميم غير جائز، خاصة وأن المنصور لا يكفل هذه السرية.

ثانياً:

الامتياز المقرر للبرلمان في مجال الفصل في صحة عضوية أعضائه

٤٦٩- وإذا كان الحكم المتقدم مؤداه أن كل امتياز تدعيه السلطة التنفيذية لنفسها، ينبغي أن يتسند إلى نص في الدستور، وأن يباشر في الحدود التي يبينها؛ كذلك الأمر في شأن كل امتياز تطلبه السلطة التشريعية لحسابها.

ففي قضية *Powell v. McCormack* ثار النزاع أمام المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية حول حق باول - وقد كان نائباً عن دائرته الانتخابية وفقاً للدستور - في الحصول على مقعده في مجلس النواب الأمريكي بعد أن اتهمه المجلس بأنه أتى أفعالا تعد انحرفاً ملوكياً عن واجباته كممثل فيه، وحرمه بالتالي من هذه العضوية.

وقد طلب باول أن تصدر المحكمة العليا للفيدرالية، حكماً تقريرياً بأن قرار حرمانه من مقعده، يناقض للدستور.

وكان على هذه المحكمة أن تفصل في هذا الطلب على ضوء نص الفقرة الأولى من الفصل الخامس من المادة الأولى من الدستور الأمريكي الفيدرالي التي تجعل كلاماً من مجلس النواب ومجلس الشيوخ الفيدراليين، قاضياً في مجال الفصل في صحة أعضائه.

Each house shall be the judge of the qualifications of its own members.

وقد تبين للمحكمة المذكورة، أن هذه الفقرة إما أن تفسر باعتبار أن المقصود بها هو تفويض السلطة التشريعية الاختصاص بتقرير شروط العضوية ابتداءً، ثم النظر في شأن توافرها أو تخلفها فيما يدعي عضويته بها؛ وإما أن تفسر من منطلق قصر اختصاص السلطة التشريعية بالفصل في صحة العضوية على التحقق من استيفاء شروطها المنصوص عليها في المادة الأولى من الدستور الفيدرالي، والتي تنص على أن ثبوت صفة الشخص باعتباره نائباً مناطها أن يكون قد بلغ ٢٥ عاماً، وأن يكون متمتعاً بجنسية الولايات المتحدة الأمريكية مدة لا تقل عن ٧ سنين، وأن يكون عند انتخابه من مكان الولاية التي اختير عنها.

No person shall be Representative who shall not have attained the age of twenty five years, and been seven years a Citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an Inhabitant of that State in which he shall be chosen'

وقد انحازت المحكمة العليا للفيدرالية -على ضوء ما بان لها من مقاصد آباء الدستور- إلى أن شروط الفصل في صحة العضوية في السلطة التشريعية، لا يحددها إلا الدستور. بما مقتضاه عدم جواز حرمان شخص منها، إذا تم انتخابه صحيحا في الدائرة التي يمثلها، واستوفى شروط العضوية التي صرح الدستور بها.

ذلك أن الديموقراطية للنيابية قولها اختيار هيئة الناخبين من يكون في رأيها من المرشحين أصلح لتمثيلها. ويظل هذا المبدأ جوهر الديموقراطية ومحورها، فلا يجوز أن تقيد السلطة التشريعية من مذهب، سواء من خلال تقليصها لدائرة الناخبين المؤهلين قانونا لمباشرة حق الاقتراع؛ أو عن طريق إهدار فرصهم في الاختيار أو تضيقها. ولئن جاز القول بأن مصلحة السلطة التشريعية في ضمان تماسكها، يكتلها عقابها لأعضائها الذين يظنون بواجباتهم أو طردهم عند الضرورة بأغلبية ثلثي أعضائها، إلا أن السلطة التشريعية تنقيد في مجال الفصل في صحة العضوية، بشروط الدستور التي تحكمها.

ويقدر نقدها بهذه الشروط يكون قرارها في شأن العضوية من المسائل السياسية التي لا تجوز مراجعتها فيها.

وفي عبارة صريحة تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، بأن ما تقرره من أن لباول حقا في أحد مقاعد السلطة التشريعية، ليس إلا تفسيرا للدستور لا يتوخى مناوأة السلطة التشريعية أو الدخول في صراع معها. ذلك أن هذا التفسير يتصل بمباشرة الوظيفة القضائية التي تقوم في جوهرها على تحديد معاني النصوص القانونية وإعطائها دلالتها من خلال الخصومة القضائية. والقول بأن تفسير المحكمة العليا للدستور، قد يوقعها في حرج تعارض قضائها في شأن الأعمال المطعون عليها مع قرار صدر عن السلطة التشريعية ذاتها، ويتطرق بكيفية فهمها لهذه الوثيقة نفسها، مردود بأن المحكمة العليا هي السلطة النهائية في تفسير أحكام الدستور، ويتقضيها النهوض بمسئوليتها هذه، ألا تتردد في بيان مضمون قواعده ومقاصدها فيما يجوز

الفصل فيه قضائيا من المعائل الدستورية التي تطرحها الخصومة الدستورية، وفق معايير الرقابة على الشرعية الدستورية ومستوياتها^(١).

^(١) Powell v. McCormack 395 U.S. 486 (1969).

المبحث السادس عشر

الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٤٧٠- كان قد دفع أمام المحكمة العليا بأن ما تنص عليه المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٣ من عدم جواز سماع أية دعوى يكون الغرض منها الطعن بطريق مباشر أو غير مباشر في أي قرار أو إجراء أو عمل صدر عن السلطة القائمة على تنفيذ أوامر فرض الحراسة، يعتبر من أعمال السيادة باعتبار أن ما تؤخاه هذا القرار بقانون هو صيانة نظام الدولة وسلامتها وحماية مصالحها العليا.

ولم تقبل المحكمة العليا هذا الدفع على أساس أنه وإن صح القول بأن قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ مما يدخل في نطاق الأعمال السياسية التي تنحصر عنها الرقابة القضائية باعتباره من الأعمال التي تتخذها الدولة في حدود وظيفتها السياسية للمحافظة على سلامتها وأمنها، إلا أن ذلك لا يصدق على التدابير التي تتخذها الجهات القائمة على تنفيذ الأساس الصادرة بفرض الحراسة على أموال بعض الأشخاص، والتي حصنتها المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٩ لسنة ٦٣ ضد الطعن، ذلك أن هذه التدابير لا تصدر عن السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم، وإنما تدرج في إطار الأعمال العادية للحكومة، ومن ثم تنبسط عليها رقابة القضاء.

وتؤصل المحكمة العليا نظرية أعمال السيادة مقررّة أنها هي التي تتخذها الدولة في نطاق وظيفتها السياسية بقصد صون أمنها وسلامتها، وأن مرد الأمر فيها هو إلى طبيعتها، ولا اعتداد بالتالي بأوصافها أو كيفها التي يخلعها المشرع عليها، متى كانت خصائص هذه الأعمال تكافي أوصافها وكيفها هذه، وتهدد أحد الحقوق التي كفلها الدستور.

وترد المحكمة العليا نظرية الأعمال السياسية إلى مفاهيم أعمال السيادة، وتعتبرها من تطبيقاتها. وهي بذلك تنقل أعمال السيادة التي يتحدد مجالها أصلاً في نطاق أعمال الإدارة، إلى مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية^(١).

(١) "محكمة عليا" الدعوى رقم ٥ لسنة ٥ قضائية عليا "دستورية" - جلسة ٣ يوليو ١٩٧٦ - قاعدة رقم ٣٦ من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية وقرارات التفسير.

ولم تكن المحكمة العليا في حاجة إلى إرجاع نظرية الأعمال السياسية إلى نظرية أعمال الميادة التي تنفصل عنها في مجال تطبيقها. وكان حسبها أن ترد نظرية الأعمال السياسية إلى جذورها في القضاء المقارن للشرعية الدستورية، ولكنها لم تعبا بتقصيه، وأغنتها عنه الطول الجاهزة لنظرية أعمال السيادة المعمول بها في القضاء الإداري الفرنسي، واعتبرتها نظرية كافية كي تقيم عليها نظرية الأعمال السياسية، كفرع لنظرية أعمال الميادة التي عرفتها القوانين المنظمة للسلطة القضائية في مصر، وكذلك القوانين للمنظمة لمجلس الدولة بها.

ولم تكن هذه الطول الجاهزة كافية أو صالحة لتقيم نظرية الأعمال السياسية على عدها، وعلى الأخص بالنظر إلى أن المعايير التي اعتمدها القضاء المقارن للشرعية الدستورية في شأن تحديد خصائص الأعمال السياسية، مختلفة في مضامينها وأسمائها، عن العوامل التي تقوم عليها نظرية أعمال الميادة التي لا تتوخى غير إسباغ الحصانة على أعمال تصدر عن الإدارة بوصفها سلطة حكم، وهو تعبير شديد الغموض، ويتم بالافتقار إلى التحدد الواضح للعناصر التي يقوم عليها.

٤٧١- وتؤكد المحكمة الدستورية العليا في السنين الأولى لإثباتها، نظرتها إلى الأعمال السياسية بوصفها فرع لنظرية أعمال الميادة التي تترك جذورها إلى القضاء الإداري الفرنسي، وإلى أساسها التشريعي في القوانين المنظمة للسلطة القضائية ومحكم مجلس الدولة في مصر. ورددت المحكمة الدستورية العليا بذلك، المفاهيم ذاتها التي اعتنقتها المحكمة العليا من قبل ولم ترد عليها شيئاً^(١) سوى ما قرره في حكمها الصادر في الدعوى رقم ٤٨ لسنة ٤ ق "دستورية" من أن المسائل السياسية تعد المجال الحيوي ولطبيعي لنظرية أعمال الميادة التي تعقد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون كأصل عام يحكم الرقابة على دستورية القوانين^(٢).

غير أن المحكمة الدستورية العليا لم تلبث أن عادت إلى التقييم الصحيح لنظرية الأعمال السياسية وذلك من خلال فصلها -بصورة نهائية- بين نظرية أعمال الميادة التي لا بتطبق

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية "دستورية" - جلسة ٢٥ من يوليو ١٩٨٣ - قاعدة رقم ٢٢ ص ١٥٥ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا.

(٢) صدر هذا الحكم بجلستها المعقودة في ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٣ - ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكامها

أصلاً على الأعمال التشريعية، وبين نظرية الأعمال السياسية التي تعتبر الأعمال التشريعية مجالها الطبيعي والدائرة المنطقية لتطبيقها. وتقيم هذه المحكمة مفهومها لنظرية الأعمال السياسية، على عدد من الدعائم أبرزها^(١).

١. أن الرقابة على الدستورية تجد أساسها -ركائسها- في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة لأحكامه. وأنه استثناء من هذا الأصل جرى قضاء المحكمة للدستورية العليا على استبعاد الأعمال السياسية من مجال هذه الرقابة القضائية تأسيساً على أن طبيعة هذه الأعمال تكفي أن تكون محلاً لدعوى قضائية ومن ثم تعتبر الأعمال السياسية كذلك بالنظر إلى طبيعتها، ولا شأن لها بأوصافها التي قد يخلعها المشرع عليها، متى كانت تتساقط خصائص هذه الأعمال ومقوماتها.

٢. أن استبعاد الأعمال السياسية من ولاية المحكمة الدستورية العليا إنما يأتي تحقيقاً للاعتبارات السياسية التي تقتضي -بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسي اتصالاً وثيقاً أو سيادتها في الدخل أو الخارج- الإنأى بها عن الرقابة القضائية استجابة لدواعي الحفاظ على الدولة والذود عن سيادتها ورعاية مصالحها العليا مما تقتضى منح للجهة القائمة بهذه الأعمال -سواء كانت هي السلطة التشريعية أو التنفيذية- سلطة تقديرية أوسع في مداها، وأبعد في نطاقها تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته، فلا تراجعاً فيها جهة قضائية، خاصة وأن تقصيرها يستلزم تولف معلومات وتضوابط ومولزين تقدير لا تتاح لها، فضلاً عن عدم ملائمة طرحها عليها بصورة علنية.

٣. أن المحكمة الدستورية العليا هي التي تحدد ما إذا كانت المسائل التي تنظمها النصوص المطعون عليها، تعتبر من المسائل السياسية التي تخرج عن ولايتها، أم أنها لا تعتبر كذلك فتتسبب عليها رقابتها.

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١ لسنة ١٤ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٣١ - جلسة ١٩ يونيو ١٩٩٣ - ص ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا.

٤. أن نظرية الأعمال السياسية كتبت على ولاية المحكمة الدستورية العليا، نجد معظم تطبيقاتها في ميدان العلاقات والاتفاقيات الدولية بأكثر مما يقع في الميدان الداخلي، نظرا لارتباط الميدان الأول بالاعتبارات السياسية وسيادة الدولة ومصالحها العليا.

٥. ليس صحيحا على الإطلاق القول بأن كل معاهدة دولية وأيا كان موضوعها -تعتبر من الأعمال السياسية- ذلك أن المعاهدات الدولية المنصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور والتي يتعين عرضها على السلطة التشريعية والحصول على موافقتها عليها، لا تعتبر بناء على مجرد عرضها على السلطة التشريعية، والحصول على موافقتها عليها -على ضوء هذا الاعتبار وحده- من الأعمال السياسية. ومرد ذلك أن استبعاد بعض الأعمال من مجال الرقابة على الدستورية مرجعه إلى طبيعتها، لا إلى إجراءات القبول بها أو التصديق عليها.

٤٧٢- على أن قضاء المحكمة الدستورية العليا للمشار إليه، وإن فصل المسائل السياسية عن نظرية أعمال السيادة -وهو اتجاه محمود - إلا أن الضوابط التي أرسنها هذه المحكمة لتحديد ماهية الأعمال السياسية، تقتصر إلى الواضح، وتناقض كذلك اتجاه القضاء المقارن في شأن المعايير التي تتحدد على ضوءها هذه الأعمال، وذلك من الوجود الآتي:

١. أن مجرد اتصال بعض الأعمال بالمصلحة السياسية العليا، لا يكفي لاعتبارها من المعاملات السياسية.

٢. أن المعاملات السياسية لا تعتبر كذلك لاحتوائها على عناصر سياسية، ولا لأن جانباً من ملامحها من طبيعة سياسية. وإنما يتحدد وصفها باعتبارها كذلك، على ضوء عدد من الضوابط التي تتوخى حصر مفهومها في دائرة ضيقة.

٣. أن نظرية الأعمال السياسية لا يجوز خلطها بالأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة، والتي تخولها سلطة اتخاذ تدابير من نوع خاص تنتم بمرونتها، وبقوتها، وبضرورتها وبقدرتها على أن ترد عنها -وبقدر كبير من الحسم- مخاطر من طبيعة استثنائية. ومن ثم تحيطها مشروعية استثنائية من جنسها ترتبط بالضرورة التي تقتضيها.

وكان منطقياً بالتالي أن تخول السلطة التنفيذية حرية أكبر في مجال تقدير هذه الأوضاع الاستثنائية، وتقرير الحلول التي تلائمها. ولا كذلك الأعمال السياسية التي لا شأن لها بحرية أكبر يخلوها القضاء السلطة التنفيذية أو التشريعية. وإنما تخرج هذه الأعمال بتمامها عن مجال الرقابة على الدستورية، لا لأن تصرفها بقدر كبير من الحرية يوفر الفرص الأفضل لإجرائها، وإنما لأن سلطة اتخاذ القرار النهائي في شأنها تكفل - أحياناً - في نطاق الاختصاص المنفرد للسلطة التنفيذية أو التشريعية، بناء على نص في الدستور. فلا يجوز بالتالي أن ترلصها جهة الرقابة على الدستورية في تقدير ملامحة هذا القرار؛ ولا أن تتأقشها في مضمونه. وإنما تستقل هاتان السلطانان، أو إحداهما به، وبصفة نهائية.

٤. أن المسائل السياسية لا تتحدد بالنظر إلى نوع المصالح التي تحميها، ولا على ضوء درجة أهميتها، وإنما لاعتبار معين كامن فيها، كأن تكون موازين ومعايير تقييمها ومستوياتها، غير متوافرة لجهة الرقابة على الدستورية.

وهذا المعيار الأخير هو ما قام عليه قضاء المحكمة الدستورية في شأن القرار بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٩ الذي توخى تكريم الأشخاص الذين عينهم المشرع من قادة حرب أكتوبر، وتقدير دورهم في التخطيط للعمليات الحربية وإدارتها. وتحقق هذا للتكريم من خلال المزايا المادية والمعنوية التي كفلها لهم. إلا أن أحد القادة الذين لم يشملهم التكريم، طعن بعدم دستورية هذا القانون باعتباره أحق من المكرمين بالتقدير، وأن حرمانه من المزايا التي نص عليها ذلك القانون، مؤداة مخالفة أحكامه لنصوص المواد ٢ و ٩ و ١٢ و ١٣ و ٤٠ من الدستور^(١).

وكان على المحكمة الدستورية العليا أن تفصل في دعواه هذه، إما من منطلق أن القادة الذين شملهم القانون المطعون عليه بمزاياه، هم هؤلاء الذين رتبهم هذا القانون فيما بينهم على ضوء أفضليتهم الوظيفية - وهو ما لم يقطعه المشرع - وعندئذ يكون المدعى أحق منهم في الحصول على هذه المزايا باعتباره أسبقهم في التعيين؛ وإما أن يكون ذلك القانون قد أختص من كرمهم بتلك المزايا على ضوء عناصر موضوعية مردها إلى جهدهم في القتال إعداداً وتكبيراً وتنفيذاً.

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٩ لسنة ١٤٤١ق "دستورية" - جلسة ٨ إبريل ١٩٦٥ - المساعدة رقم ٣٩ - ص ٥٩٧ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكامها.

وتفترض هذه العناصر الموضوعية، أن يكون المشروع قد حدد سلفاً وأبان عنها تفصيلاً حتى ترافقه المحكمة الدستورية العليا في كيفية تطبيقها.

ولكن المشرع لم يقدم بالقانون المطعون فيه شيئاً من هذه المعايير الموضوعية التي تدور حول عناصر التفوق والتمييز في فنون القتال. وهي عناصر يتعرض على المحكمة الدستورية العليا أن تستخلصها بنفسها، أو أن تحدد ضوابطها. ولا تتوافر لديها فضلاً عما تقدم، مقاييس تقدير أعمال القادة جميعهم وتقييمها فيما بينهم، حتى تعيد تصنيفهم، وتقرر أولاهم بالترقيم.

ذلك أن تقييمها لدور كل منهم في العمليات الحربية، يتطرق ابتداء وانتهاء بأسلوب إدارتها ويطرأ على تنفيذ خططها، ويقتدر جهد كل من القادة فيها، وهو ما لا تختص به المحكمة الدستورية العليا.

وظاهر من الرجوع إلى هذا الحكم، أنه وإن خلا من أية إشارة إلى نظرية الأعمال المياسية سواء في ماهيتها أو نطاق تطبيقها، إلا أن بنیان حكمها قام على أحد معايير هذه الأعمال ممثلاً في انتفاء موازين التقدير الموضوعية في شأن المعائل الدستورية التي أثارها الخصومة الدستورية. ذلك أن موضوعها يتعلق بتقييم الأعمال القتالية على امتداد مراحلها، وتحديد قدر إسهام كل من القادة في عملياتها. وجميعها مسائل لا تقبل الفصل قضائياً فيها Non-justiciable Questions.

٤٧٣- وفي مصر - عملاً بنص المادة ١٥١ من الدستور - تكون لكل معاهدة دولية بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، قوة القانون.

ويتعين بالتالي إخضاعها للقواعد ذاتها التي تحكم الرقابة القضائية التي يباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن القوانين بمعنى الكلمة التي تقرها السلطة التشريعية، سواء من جهة الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في المعاهدة الدولية، خاصة ما يتعلق منها بأوضاع إبرامها والتصديق عليها ونشرها. أم من ناحية اتفاق القواعد التي احتوتها المعاهدة في مضمونها مع قواعد الدستور في محتواها.

ولأن المعاهدة التي يتم إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، تعتبر في قوة القانون، فإن اتفاقها مع الدستور مؤداه ضرورة النزول على أحكامها، ووجوب تفسيرها في إطار من حسن النية، ووفقاً للمعنى المعتاد لعبارتها، في السياق الواردة فيه، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو أغراضها. وذلك عملاً بنص المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تعتبر مصر طرفاً فيها، والتي تلزمها بأن تنظر أصلاً إلى أحكام المعاهدة في مجموعها باعتبارها كلاً لا ينقسم، ووحدة غير قابلة للتجزئة، أساسها أن التكامل بين نصوصها كان من العوامل الجوهرية التي أدخلتها الدول أطرافها في اعتبارها عند التفاوض عليها والدخول فيها أو التصديق عليها أو الانضمام لها.

فلا يكون الأصل في تطبيق المعاهدة الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها غير النظر إليها بوصفها وحدة عضوية تتكامل أجزاؤها، وتترابط أحكامها بما يحول دون فصل بعضها عن بعض.

ويظل هذا الأصل قائماً في المعاهدة الدولية، ما لم يكن موضوعها ينظم مسائل مختلفة لكل منها ذاتياً، فلا تتنظمها وحدة تجمعها. وإنما يتميز كل جزء من أجزاء المعاهدة بكيانه الخاص، فلا يختلط بغيره، أو يندمج فيه، أو يتصل به، بما يؤكد استقلال كل جزء من أجزاء المعاهدة عن الآخر.

ومن ثم لا ترتبط النصوص التي تنظمه بغيرها، بل يجوز فصلها عن سواها بشرطين:

أولهما: ألا يكون قبول الدول الملتزمة بالمعاهدة، لأحكامها في مجموعها، من الشروط الجوهرية التي ارتضتها وقت إبرامها أو التصديق عليها أو الانضمام لها، فلا يكون ضمان وحدتها العضوية، (إلا شرطاً لإرضائها بالمعاهدة.

ثانيهما: ألا يكون المضي في تنفيذ المعاهدة على ضوء ما بقي من نصوصها بعد فصل بعض أجزائها عنها، مجافياً للعدالة^(١).

(١) انظر في ذلك المادة ٤٤ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

فإذا لم يتحقق أحد هذين الشرطين، تعين أن يكون الأصل في المعاهدة الدولية، هو تطبيقها في مجموع أحكامها.

٤٧٤- وهذه القواعد ذاتها، هي التي طبقتها المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية، فقد نازع المدعي في هذه الدعوى، في دستورية الاتفاقية التي أبرمتها مصر مع اليونان بقصد تقرير تسوية نهائية لحقوق اليونانيين الناشئة عن تدابير الحراسة وقوانين التأميم، وكذلك قوانين الإصلاح الزراعي الصادرة بالاستيلاء على أراضيهم.

وأسس المدعي دعواه، على أن الأصل في هذه الاتفاقية هو سريلها على من يقبلون بأحكامها في جملتها. فإذا كان ما ارتضوه مقصورا على بعض أجزائها، فلن ما رفضوه من أحكامها لا يكون ساريا بالنسبة إليهم.

وإذ قبل المدعي التعويض المقرر في هذه الاتفاقية عن قوانين التأميم وقوانين الإصلاح الزراعي، دون التعويض المقرر بها عن تدابير الحراسة التي اتخذتها الدولة في شأن اليونانيين، وما اتصل بها من بيعها لأموالهم، وكان تطبيق تلك الاتفاقية في شأنهم من طبيعة اختيارية، فقد تعين الرجوع في شأن التعويض عن تدابير الحراسة -لا إلى الاتفاقية المشار إليها- بل إلى القاعدة العامة في التعويض عن هذه التدابير المنصوص عليها في القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقبل بوجهة نظره -لا لأن الاتفاقية المصرية اليونانية تعتبر من المسائل السياسية التي لا يجوز الفصل قضائيا فيها- وإنما تأسيسا على دعائمين آخرين:

أولهما: أن هذه الاتفاقية تعتبر في مجموع أحكامها صفقة واحدة متكاملة العناصر، متحدة الأجزاء، تتصل حلقاتها ولا تنفصل مكوناتها.

ذلك أنها تبلور القواعد التي ارتأتها الحكومتان المصرية واليونانية نطاقا لتسوية نهائية وشاملة لعناصر التعويض التي يستحقها اليونانيون قبل الحكومة المصرية عن القوانين الصادرة في شأنهم، والمؤثرة في مصالحهم، سواء في مجال التأميم أو تدابير الحراسة أو قوانين

الإصلاح الزراعي، ليحدد التعويض المقرر بها نطابق حقوقهم، فلا يكون مقداره إلا منفيها لكل نزاع حولها، وميرثا ذمة الحكومة المصرية في مواجهة الحكومة اليونانية ورعاياها.

ثانيتهما: أن ادعاء رعية يونانية بأن من سلطته أن يختار من الاتفاقية المصرية اليونانية، ما يراه من قواعدها كغلا لمصلحته، إنما ينحل إلى تعديل لها من خلال نقض الأسس التي تقوم عليها، وبما يعطل تنفيذ المعاهدة التي ترتبط فعاليتها، وتحقيقها لأغراضها، بتطبيقها في مجموع أحكامها.

وهو تعديل لا تختص به غير الدولتين المتعاقبتين. ومناطق صحته، تراضيهما معا على إجرائه، خاصة وأن من المقرر وفقا لقواعد القانون الدولي العام، أن لكل دولة في علاقتها بالدول الأخرى، السلطة الكاملة التي تؤثر بها -من خلال معاهدة ترميها- في نطاق الحقوق المقررة لمواطنيها سواء في إطار حق الملكية، أو في مجال الحقوق الشخصية.

وتعتبر هذه السلطة الكاملة موازية لحقها ولواجبها في أن توفر الحماية لمواطنيها، وإن كان سريان الحقوق التي رتبها المعاهدة الدولية، وكذلك كل التزام نشأ عنها، إنما يقتصر على السكول أطرافها في العلاقة فيما بينها. فلا يكون التنظيم للوارد بها بالتالي -وإن كان مضمونه- منصرفا إلى مواطنيها.

وما تقدم موداه، أن المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في دستورية المعاهدة الدولية لتقريب صحتها أو بطلانها، إلا بافتراض أن أحكامها لا تؤثر بمسائل سياسية بطبيعتها، وإلا كان عليها أن تحكم بعدم اختصاصها بنظرها لاندراجها في إطار المسائل التي لا يجوز الفصل قضائيا فيها.

٤٧٥- وتعطينا القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية، مثالا لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن الأعمال السياسية.

وتتحصل واقعاتها في أن مصر دخلت مع بعض الدول العربية وفي نطاق أغراض الدفاع المشترك- في اتفاقية دولية تنظم انتقال جيوشها فيما بينها. وكان مجلس الدفاع المشترك في جامعة الدول العربية قد وافق عليها في ١١/٩/١٩٦٥.

ووفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، لا يخضع رجال القوات الحليفة بالمسبة إلى الجرائم التي يرتكبونها على إقليم الدولة المضيفة؛ لغير الولاية المطلقة لمحاكمهم الوطنية، على أن تختص بالفصل في أية منازعة تنشأ بينهم وبين الغير حول التزاماتهم للقانونية، أو الأضرار التي ألحقها بالأشخاص أو بالأموال -ويوجه عام- هيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية. وقد أحالت محكمة جنوب القاهرة هذه الاتفاقية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورتها على ضوء ما ظهر لها بصفة مبدئية، من أن حرمانها المصريين من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي في شأن أية منازعة تنشأ بينهم وبين القوات الحليفة، يعتبر مخالفاً لنص المادة ٨٦ من الدستور.

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تقبل وجهة النظر هذه، مقررّة أن هذه الاتفاقية قد أبرمتها مصر في إطار الجامعة العربية لتنظيماً لأوضاع الدفاع المشترك بين دول هذه الجامعة، وأن ما توخته مصر من الدخول فيها هو الحفاظ على كيانها وتأمين سلامتها وصون أمنها الخارجي.

ومن ثم تعد أحكام هذه الاتفاقية من أعمال السيادة ١١.. التي تنحصر عنها الرقابة القضائية عن الدستورية بالنظر إلى اتصال موضوعها بملاقاتها الدولية، وتعلقها بمصالحها العليا^(١).

بيد أن ما يلاحظ على هذا الحكم، هو إسهاله في تطبيق نظرية الأعمال السياسية وبمسئطها على أحكام الاتفاقية المشار إليها جميعها، حتى ما تعلق منها بالحقوق المدنية التي يطلبها المصريون ترتيباً على أضرار ألحقها بهم القوات الحليفة أو أحد رجالها.

ذلك أن معاقبة أفراد القوات الحليفة وحفاظاً على تماسكها ودعم قدراتها القتالية - أمام محاكمهم الوطنية عن الجرائم التي يرتكبونها في مصر، وإن جاز أن يرتبط بالأغراض النهائية التي توختها هذه الاتفاقية التي تم إبرامها في إطار تدابير الدفاع المشترك بين دول الجامعة العربية، إلا أن الحقوق المدنية التي يطلبها المصريون منهم، لا يدخلها هذا الاعتبار، إذ هي محض تعويض عن أضرار ألحقها بهم أحد رجالها، وتقع بالتالي في نطاق مسؤوليتهم المدنية لا الجنائية.

(١) القضية رقم ٤٨ لسنة ٤٢٠ "دستورية" جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٣ - ص ٢٢ من المجلد الثالث من مجموعة أحكامها.

٤٧٦- وفي الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٤ ق "مستورية" والتي كان المدعى فيها قد طعن بعدم دستورية المواد ١٢ و ١٣ و ١٥ من اتفاقية تأسيس البنك العربي الدولي- (١) تقرر المحكمة الدستورية العليا أن هذه الاتفاقية لا تعتبر من الأعمال السياسية، وأن الفصل في دستورتها يقتضي ابتداء التحقق من توافق متطلباتها الشكلية المنصوص عليها في المادة ١٥١ من الدستور.

ولا يجوز بالتالي أن يقتصر نطاق الطعن على المواد المشار إليها، وإنما يتعداه إلى الفصل في دستورية قرار رئيس الجمهورية الصادر بالموافقة على الاتفاقية المشار إليها. هذا من جهة. ومن ناحية ثانية، فإنه فيما يتعلق بالمطاعن الموضوعية، فإن مصلحة المدعى تنحصر في الطعن على دستورية المادة ١٥ من هذه الاتفاقية، وذلك فيما تضمنته من عدم مريان قانون العمل على العاملين في البنك المنشأ وفقاً لأحكامها.

وتؤسس المحكمة حكمها في الموضوع، على أن الاتفاقية المشار إليها، ليس فيها ما يفيد حرمان المدعى من حق النقاضي ولا من ضماناته، ولا من شرط الحماية القانونية المكافئة المنصوص عليهما في المادتين ٦٨ و ٦٠ من الدستور؛ وأن ما تقرر لهذا البنك من المزايا كالحصانة من الإجراءات القضائية المقررة لموظفيه فيما يقومون به من أعمال بصفته الرسمية، وإعفاء غير المواطنين العاملين بالبنك من قيود الهجرة، ومن شرط تسجيلهم ومن تحويل حقوقهم إلى مواطنهم الأصلي، كل ذلك لا يفيد أن الاتفاقية المشار إليها تعتبر من الأعمال السياسية، وإن جاز القول بأنها تخول البنك المذكور مركزاً قانونياً مختلفاً عن غيره من البنوك العاملة في القطاعين العام والخاص (٢).

(١) القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ ق "مستورية" جلسة ١٩ يونية ١٩٩٣ -قاعدة رقم ٣١٠ - من ٣٧٦ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس. هذا وكان المدعى قد طلب في دعواه الموضوعية إلغاء قرار نقله إلى القاهرة، وترقيته إلى الشريحة السابعة بالبنك وتعيينه عملاً أصابته من ضرر من جراء الفصل.

(٢) قضت المحكمة بابتداء مصلحة المدعى في الطعن على المواد ١٢ و ١٣ و ١٥ من اتفاقية تأسيس البنك التي نقضت: أولاً بما: بعدم جواز تلميحه أو مصادرة أمواله أو فرض الحراسة عليها أو على المبالغ المودعة به.

وثانياً بما: بعدم خضوع هذا البنك لقوانين وقواعد الرقابة والتفتيش القضائي أو الإداري أو المحاسبي.

وثالثهما: بضمان مزية صابات المودعين، وعدم جواز اتخاذ إجراءات الحجز للقضائي والإداري عليها.

ولا كذلك المادة ١٥ من هذه الاتفاقية التي نقضت بعدم مريان قوانين العمل الفردي وللقواعد المنظمة للسفر وللأجور في الحكومة أو القطاع الخاص على العاملين بالبنك، إذ اعتبرتها المحكمة متصلة بطابعه الموضوعية، وذلك فيما تضمنته من عدم مريان القوانين المنظمة لنقد العمل الفردي عليه.

٤٧٧- وما تقدم مؤداه:

أولاً: أن نظرية الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا شابها خلط كبير بينها وبين نظرية أعمال السيادة إلى حد المزج بين هاتين النظريتين واعتبار ثانيتهما أصلاً لأولاهما.

ثانياً: أن هاتين النظريتين كلتاهما تخرجان المسائل السياسية وأعمال السيادة، من الولاية القضائية. ذلك أن المسائل التي تدرج تحتهما لا يجوز الفصل قضائياً فيها.

ثالثاً: أن هاتين النظريتين لا تبلوران انحرافاً في استعمال السلطة، ولا مجاوزة للحدود التي فرضها الدستور تخوماً لمباشرتها.

ولكنهما يقعان في إطار المشروعية القانونية والدستورية، وإن تحين دوماً ضبطهما في حدود ضيقة حصراً لدائرة تطبيقهما في نطاق مفهوم ومبرر.

رابعاً: أن المسائل السياسية تغاير في جذورها وضوابطها وتطبيقاتها، أعمال السيادة. ويتعين بالتالي فصلها كلية عنها.

الفصل الخامس والخمسون

الرقابة القضائية على الدستورية، والتفسير التشريعي للقانون

المبحث الأول

اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي

٤٧٨- تنقل المحكمة الدستورية العليا دون غيرها - عملاً بنص المادة ١٧٥ من الدستور - الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح. وتباشر كذلك سلطة تفسير النصوص القانونية. وذلك كله على الوجه المبين في القانون. ومن ثم تتفرد بولايتها في مجال الفصل في دستورية النصوص القانونية، فلا يزاحمها أحد فيها، وإنما تستقل بها وتنهض وحدها بمسئوليتها.

ولا كذلك تفسيرها للنصوص القانونية تفسيراً تشريعياً. ذلك أن الأصل في هذا التفسير، هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها، إذ هو اختصاصها الأصل. فلا تعهد به إلى جهة غيرها إلا بصفة استثنائية، ووفق الأوضاع والشروط التي تحددها.

ومن ثم لا تباشر المحكمة الدستورية العليا اختصاصاتها بتفسير القانون تفسيراً تشريعياً، إلا في حدود التفويض الصادر لها بذلك من السلطة التشريعية.

٤٧٩- ويُقرع عن ذلك أمران:

أولهما: أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي، لا يحول دون إقرار السلطة التشريعية لقوانين تحدد بها مقاصدها من النصوص القانونية التي تفسرها، وذلك إذا لم تكن المحكمة الدستورية العليا قد فسرتها قبل تفسير السلطة التشريعية لها. ذلك أن صدور قرار بالتفسير عن المحكمة الدستورية العليا في شأن نصوص قانونية بذواتها، مؤداه أن هذا القرار حدد بصورة نهائية مقاصد المشرع من هذه النصوص. فلا يكون تجليتها لإرادة المشرع التي صاغ تلك النصوص على ضوءها، غير تحديد لمضمون هذه الإرادة دون تحويل لها.

وإذا كان من غير المتصور أن يكون للسلطة التشريعية أكثر من إرادة في شأن النصوص القانونية عينها، فقد صار لازماً أن تكون الإرادة الموجهة لهذه النصوص، والتي ألهمتها مضمونها، هي ذاتها في كل أحوالها وتطبيقاتها. وكلما كان إعلان المحكمة الدستورية العليا عن

هذه الإرادة، سابقا على قانون ألصَح عنها؛ فإن قرار المحكمة يقيد السلطة التشريعية، ويحول دون استنفاتها لهذه الإرادة من جديد.

فإذا عبر عن مقاصد المشرع، قانون نقض تفسيراً تشريعياً صدر عن تلك المحكمة، تعين أطراح هذا القانون. ولا كذلك أن تنصَح السلطة التشريعية عن حقيقة مقاصدها من قانون معين، قبل أن تفسره المحكمة الدستورية العليا تفسيراً تشريعياً. ذلك أن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية، يعتبر قطعاً بحقيقة إرادتها التي أهمتها تشكيل نصوص هذا القانون. فلا يجوز أن تتحراها المحكمة الدستورية العليا من جديد. بما مؤداه أن النصوص القانونية لا توجهها إلا إرادة واحدة لا تتعد أو تنقسم^(١).

ثانيهما: أن التفسير التشريعي أولاً كانت الجهة التي تتولاه- ليس بتفسير قضائي. ذلك أن التفسير القضائي، لا يزيد عن أن يكون اجتهاداً قضائياً يدور حول مضمون نص قانوني في نزاع مطروح على المحكمة ولا يتعلق بالتالي بغير الخصومة التي صدر فيها؛ ولا يقيد غير أطرافها؛ ولا يجوز أن يفرض في خصومة غيرها، ولو كان التماثل بين الخصومتين كاملاً.

كذلك لا يحسم التفسير القضائي الجدل حول حقيقة مقاصد المشرع من النصوص المفسوة، ولا يذهب بصفة باترة، ولو تواتر القضاء على اعتناق هذا التفسير، واعتقد إجماعهم على صحته. إذ يظل للسلطة التشريعية أن تصدر قانوناً تفسيرياً، تنقض به هذا القضاء المتواتر. وبكيفية فسي ذلك أن نقرر أن المحاكم لم تستن فسخها من التشريع المفسر.

وعلى أية حال يحسم التفسير التشريعي بصفة نهائية كل جدل حول حقيقة إرادة المشرع التي أقام على ضوئها ببناء النصوص محل التفسير. فلا يكون الخوض فيها من جديد، إلا افتحالا

(١) ومن ثم يكون خطأ ما قرره المذكورة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا من أن اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية لفتحها في إصدار التشريعات التفسيرية بداءة أو بالخالقة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من التفسير. ووجه الخطأ أنه وإن جاز القول بأن للسلطة التشريعية أن تصدر تشريعات تفسر به بعض النصوص القانونية التي لم يصدر بتفسيرها قرار من المحكمة الدستورية العليا، إلا أن صدور هذا القرار عنها يحجب السلطة التشريعية عن أن تصدر تشريعات تفسيرية بنقض القرار الصادر عن المحكمة الدستورية العليا، ويلتزم بتفسير جديد، إذ ينطلق الطريق أمامها بعد صدور القرار التفسيري عن المحكمة.

لإرادة غير التي حددت مضامين هذه النصوص. يؤيد ذلك، أن القرار المفسر للنصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يفصل عن هذه النصوص، وإنما يندمج فيها ويصير جزءاً لا يتجزأ منها. وكان النص المفسر قد صدر منذ ميلاده في الصورة التي آل إليها بعد التفسير. وما ذلك إلا لأن قرار التفسير يتعلق بمقاصد المشرع من النص المفسر. ولا يتصور أن تكتفل هذه المقاصد عن اللحظة الزمنية التي ولد النص فيها.

المبحث الثاني

الشروط الإجرائية والموضوعية للتفسير التشريعي

وفق قانون المحكمة الدستورية العليا^(١)

٤٨٠- وسلطة التفسير التشريعي التي خولتها المادة ١٧٥ من الدستور للمحكمة الدستورية العليا، هي التي حددتها المادتان ٢٦ و ٣٣ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

ذلك أن أولى هاتين المادتين تنطق بالشروط الموضوعية لهذا التفسير. أما ثانيتهما: فقد بين بها هذا القانون شروطه الإجرائية. ولما كان أمر هذه الشروط بوجهها، فإن طلب التفسير لا ينحل إلى خصومة قضائية تنتقاض بشأنها مصالح أطرافها من جهة تنازعهم الحقوق التي يدعونها فيها ويطلبونها لأنفسهم؛ ونضالهم لتقرير هذه الحقوق أو نفيها، بما يجطهم غرماء لكل منهم وجهة هو مولئها، ورفقاء تنصادم مواقفهم ومصالحهم تعبيراً عن حدة النزاع القائم بينهم. ذلك أن هذا الطلب يدور ابتداء وانتهاء حول استكناه الإرادة التي أضمرها المشرع، وصاغ على ضوئها النصوص القانونية المطلوب تفسيرها.

فلا يكون عمل المحكمة الدستورية العليا غير تحديد لماهيتها من خلال الاعتماد على كل العوامل التي تعينها على التوصل إلى حقيقتها؛ كالأعمال التحضيرية التي تتصل بالنصوص القانونية محل التفسير؛ وكالوثائق التاريخية التي عاصرتها أو تقدمتها، وكان لها شأن في بلسورة هذه للنصوص، أو التمهيد لها، أو الإحياء بها؛ وبمراعاة أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يجيز تعديل مقاصدها؛ أو تفويض بنيانها؛ أو تحريفها. وإنما تحصل النصوص القانونية التي تفسرها المحكمة الدستورية العليا تفسيراً تشريعياً، على حقيقة ما أراده المشرع منها وتوخاه بها. ذلك أن المشرع لم يصبها في فراغ، ولم يلهمها وجوداً تصورياً، أو يتخذها هزواً. وإنما أراد بها أن يغير واقعاً قائماً، فلا يكون ما قصده المشرع منها إلا عين الموضوع محل التفسير.

والمحكمة الدستورية العليا بذلك لا يعنها أن يكون المشرع قد نقض أو تنقيد بالدستور في النصوص القانونية التي تفسرها. وإنما حصبها أن يباشر ولايتها في مجال هذا التفسير بأن

(١) القضية رقم ١ لسنة ١٦ ق "تفسير" - جملة ١٥/٤/١٩٩٥ - قاعدة رقم ١ - ص ٦٧٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

تستظهر الإرادة التي انطلق منها النص القانوني محل التفسير، وأن تستخلصها في حقيقة معنوها، في اللحظة الزمنية التي أنشأها المشرع فيها، وهي لحظة تلابس تكوينها، ولو كان تطبيقها قد باعد بينها وبين ما توخاه المشرع من وراء صياغتها.

ومن ثم يكون طلب التفسير التشريعي المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادتين ٢٦ و ٣٣ من قانونها، طلباً في غير خصوصية قضائية، مقيداً بالشروط الإجرائية والموضوعية التي فرضها قانون المحكمة الدستورية العليا في شأنه، ومقصوراً على الخوض في مقاصد المشرع من النصوص القانونية التي يتطرق للتفسير بها، ونائباً عن الفصل في انقلاصها أو اختلافها مع الدستور.

المطلب الأول

الشروط الشكلية لطلب التفسير التشريعي

٤٨١- وتختصر الشروط الشكلية أو الإجرائية لطلب التفسير فيما تنص عليه المادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا من تقديم هذا الطلب من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس السلطة التشريعية، أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية؛ على أن يبين في طلب التفسير، النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق، ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقية.

وهذه الشروط الإجرائية لازمة أن كل طلب بالتفسير يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا عن غير طريق الجهات التي حددتها الفقرة الأولى من المادة ٣٣ من قانونها، يكون غير مقبول، وكو توافرت في هذا الطلب شروطه الموضوعية. ذلك أن الشكل والإجراء، مقدم دائماً على الموضوع.

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية لطلب التفسير التشريعي

٤٨٢- وإلى جوار الشروط الشكلية التي يجب أن يلتزمها طلب التفسير، فإن شروطه الموضوعية تدور حول أمور ثلاثة لا بد من اجتماعها؛ وإلا صار طلب التفسير غير مقبول.

أولها: أن يكون للنصوص القانونية المراد تفسيرها أهمية جوهرية -لا ثانوية أو عرضية- تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي تتناولها، ووزن المصالح المرتبطة بها. فلا يكون نطاق تطبيقها منحصراً في دائرة ضيقة؛ ولا آثارها متناهية في ضآلتها؛ بل يتعين أن يكون دورها في تشكيل العلائق الاجتماعية موضوعها، عريضاً من جهة المصالح التي يمسها. بما مؤداه أن النصوص القانونية التي لا تنحصر أفعالها، ولا تضيق دائرتها تطبيقها، هي وحدها التي يجوز تفسيرها، وذلك إذا صدر بها قانون أو قرار بقانون، لينصر اختصاص للتفسير عما دونها شكلاً وموضوعاً.

ثانيها: أن يكون القائمون على تطبيق النصوص القانونية المطلوب تفسيرها، قد اختلفوا فيما بينهم اختلافًا بينًا في شأن حقيقة محتواها، أو نطاق الآثار التي تترتبها. بما لا يوحّد طرائق إعمال هذه النصوص، ولا يكفل معايير واضحة لضمان تطبيقها على المخاطبين بها دون تمييز. وإنما يكون اضطرابهم في فهمها، ونزاعهم حول دلالاتها، منتهيًا إلى تعدد تأويلاتها، وتعرّض التوفيق بين معانيها المتعارضة. فلا تستقيم صورتها على حال واحدة، بما يجعل تطبيقها متفاوتًا فيما بين المخاطبين بها، وبخل بشرط الحماية القانونية للمتكافئة لحقوق المواطنين وحرياتهم، سواء فسي ذلك تلك التي يكون الدستور مصدرًا لها، أو التي يكون المشرع قد كفلها.

ثالثها: ألا يتعلق طلب التفسير بنصوص قانونية ظل تطبيقها متراخيًا حتى تقديم طلب تفسيرها إلى المحكمة الدستورية العليا، ولو كان المواطنون في مجموعهم قد اختلفوا حول معناها، أو كان جدلهم في شأنها صاخباً عريضاً، أو قائماً حول التفسير والتأصيل، أو دائراً حول الأبعاد المحتملة لتطبيقها، أو محللاً جوانبها الملابية، أو كاشفاً عن عميق غضبهم عليها. إذ لا يتصل ذلك كله بدخول تلك النصوص في حيز التنفيذ، ولا باختبارها من خلال تطبيق يظهر التنازع حول دلالاتها.

يؤيد ذلك أن ما تنص عليه المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا من أن النصوص القانونية التي يجوز عرضها عليها طلباً لتفسيرها، هي تلك التي تتباين تأويلاتها بصورة عميقة، يفترض ألا تكون هذه النصوص قد أصابها التباس من خلال التراخي في تطبيقها زمناً طويلاً بما يعطل سريانها عملاً. إذ تعتبر هذه النصوص قائمة راقدة Dormant provisions ولا يتصور بعد همودها، أن تتوافر لها الأهمية التي تقتضى تحديد معناها، ولا أن يكون المخاطبون بها قد أصابهم

ضرر من جراء سريلانها في شأنهم^(١) ذلك أن العمل بها، لا يكون إلا بنشرها في الجريدة الرسمية، وحلول الميعاد المحدد لسريالانها. وإن كان سريلانها قانوناً، لا يعنى بالضرورة تطبيقها عملاً.

وإذا كان قانون المحكمة الدستورية العليا لا يتوخى غير ضمان توحيد تفسير النصوص القانونية المتنازع على دلالتها بعد تطبيقها. فإنه كلما ظل هذا التطبيق مهملًا، فإن طلب تفسير النصوص القانونية تفسيرًا تشريعيًا، يكون غير مقبول. ذلك أن تطبيق النصوص القانونية عملاً هو وحده الذي يستنهض الجدل حول حقيقة معانيها وما قصده المشرع بها.

ولا يجوز بالتالي أن يرتبط التفسير التشريعي للنصوص القانونية، بأغراض علمية تتصل بتأصيل هذه النصوص أو التخريج عليها. ذلك أن التفسير التشريعي، لا يتعلق بتفسير النصوص القانونية التي دل تطبيقها على غموض معانيها وتعدد تأويلاتها، فلا تكون الإنابة عما قصده المشرع منها، غير ضمان لوحدة تطبيقها وفق ضوابط موحدة تكافأ المواطنون في مجال الخضوع لها.

(١) للفتية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جملة ١٩٩٥/١/٢١ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٢١ جزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الثالث

لا يجوز الفصل في دستورية النصوص القانونية

من خلال تفسيرها تفسيراً تشريعياً

٤٨٣- وباستيفاء الشروط الإجرائية والموضوعية لطلب التفسير، تباشر المحكمة الدستورية العليا ولايتها في شأن النصوص القانونية المطلوب تفسيرها بقصد توحيد مفاهيمها. وهي تؤخذها من خلال تفسيرها مقاصد المشرع منها.

ولأن إرادة المشرع هي التي تبلور النصوص القانونية محل التفسير، وتشكلها؛ فإن ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال التفسير التشريعي، تنحصر في استظهار هذه الإرادة حتى تحدد للنصوص القانونية المطلوب تفسيرها، دلالتها.

وبانتهاء مهمتها هذه، يخرج طلب التفسير من يدها، فلا تنظر فيما إذا كان النص القانوني المفسر بذات نفسه أو يوافق الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يكون إلا من خلال خصومة قضائية يتوخى بها المدعى إبطال نص قانوني يراه مخالفاً للدستور.

ثانيهما: أن موضوع طلب التفسير ينحصر في مجرد الكشف عن إرادة المشرع في شأن النصوص القانونية التي تناولها التفسير، وقفاً على ماهيتها ليتم تطبيقها على ضوء حقيقة معانيها. شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا على هذا النحو، شأن القولين التفسيرية التي تقرها السلطة التشريعية ذاتها، إذا استبان لها خفاء مقاصدها من النصوص التي تفسرها، على القائمين بتطبيقها، وأنهم يحلون لها بالتالي غير المعاني المقصود منها. ومن ثم كان مفهوماً ما تقرره المحكمة الدستورية العليا من أن التفسير التشريعي للنصوص القانونية، لا يجوز أن يتخذ موطناً للفصل في دستوريته، تمهيداً لتقرير صحتها أو بطلانها^(١).

(١) القضية رقم (١) لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ٢ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١ - ص ٨٠٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن المادة ٢٦ من قانونها لا تخولها غير استصفاء إرادة المشرع واستخلاصها دون تقييم لخروجها على الدستور أو تنقلها مع أحكامه^(١) على تقدير أن للنصوص القانونية المطلوب تفسيرها، إما ترد إلى إرادة المشرع وتحمل عليها حملا، سواء التأم مضمونها مع أحكام الدستور، أم خالفها^(٢).

(١) القضية رقم ٤٧ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٤/١٧ - قاعدة رقم ٤٢ - من ٦٤٧ - ٦٤٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

المبحث الرابع

طلب التفسير التشريعي ليس بخصوصية قضائية^(١)

٤٨٤- ينحصر الغرض من طلب التفسير المقدم إلى المحكمة الدستورية العليا في استكناه إرادة المشرع حتى يحمل النص للقانوني المطلوب تفسيره على تلك الإرادة، فلا يناقشها، شأن التفسير التشريعي الصادر عن المحكمة، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية فيما نراه مبهما من النصوص القانونية المعمول بها، التي لم يستين القائلين على تطبيقها، حقيقة مقاصد المشرع منها.

وسواء صدر هذا التفسير عن المحكمة الدستورية العليا أو عن السلطة التشريعية، فإنه في الحالتين، لا يعتبر قراراً صادراً في خصوصية قضائية. وإنما يستقل عنها. ذلك أن الخصومة القضائية، تعكس بذاتها حد التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضمانات التقاضي، وبوصفها -في صورتها الأعم- أداة لتقرير الحق الموضوعي محل المناقشة القضائية من خلال الأعمال التي تكونها. كذلك لا تقوم الخصومة القضائية لتأمين مصالح مجردة، بل توجهها المصلحة الشخصية المباشرة باعتبار أن غايتها اجتناء المنفعة التي يقرها القانون، والتي تعكسها الترضية القضائية التي يطلبها المدعى أو يتوقعها.

والأمر على نقيض ذلك في التفسير التشريعي. ذلك أن الأصل فيه هو أن تتولاه السلطة التشريعية بنفسها إذا استبان لها أن من يقومون بتطبيق النصوص القانونية، ينحطون لها غير المعاني التي قصدتها. وإذا نقوض السلطة التشريعية جهة غيرها في ذلك، فإنها تقيدها بالشروط التي تفرضها لإجرائه. وليس بشرط أن تكون هذه الجهة، قضائية في تكوينها وضماناتها، وإن تعين دوماً أن تتطرق ولايتها بإرادة المشرع التي شكل على ضوءها النصوص القانونية محل التفسير، وأن ينحصر واجبها في استكناه هذه الإرادة وفق ضوابط موضوعية مرددا إلى عبارة النص في سياقها، وعلى ضوء الأغراض المقصودة منها، ودون إخلال بالأوضاع التي لا يمتها.

(١) القضية رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ١٢/١٠/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٨٩٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

وما تقدم مؤداه، أنه فيما خلا الشروط التي قيد بها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها في مجال التفسير التشريعي -كذلك التي تعلق بأهمية النصوص القانونية التي تتولى تفسيرها، وإثارتها خلافاً حول تطبيقها يقتضى تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لمنلولها- فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها في مباشرتها لمهمتها هذه. وهي بذلك تلتزم بضوابطها في مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها به تحريفاً للنصوص القانونية عن معناها. وهي كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولوية يقتضيها الفصل في خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير الحقوق المدعى بها أو نفيها. بل يستقل تماماً عنها. ذلك أن مرماه صون النصوص القانونية مما يلبس معانيها بغيرها، لضمان أن يستقيم تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها من خلال فهمها بصورة موحدة.

المبحث الخامس طبيعة التفسير التشريعي وأثره

٤٨٥- - وإن نسر المحكمة الدستورية العليا النص القانوني المطلوب تفسيره، فإن قرارها في ذلك يقيد السلطات كلها والناس جميعهم، بما يلزمهم بتطبيق القاعدة القانونية على النحو الذي فسرتها به المحكمة الدستورية العليا. فلا يدخل أحد عليها "عناصر جديدة" تغير من مضمونها، أو ترددها إلى غير الدائرة التي تعمل في نطاقها. ذلك أن قرار المحكمة الدستورية العليا في شأن النصوص التي فسرتها، يحدد دلالتها تحديداً جازماً لا رجوع فيه، ليندمج هذا القرار في تلك النصوص باعتباره جزءاً منها لا يتجزأ، وولجبا تطبيقه منذ نفاذه. ومن ثم يعتبر النص المفسر وكأنه صدر ابتداء بالمعنى الذي حدده قرار التفسير. وليس ذلك تطبيقاً لقرار التفسير بأثر رجعي، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المحكمة الدستورية العليا، لا تفعل شيئاً أكثر من تحديد مضمون نص ثار الجدل عميقاً من حوله؛ سواء كان هذا النص غامضاً خافياً معناه، أو كان معناه الظاهر مناقياً ما قصده المشرع منه. وهي في كلتا الحالتين، تحد لهذا النص صورته الحقيقية التي لم يفتن لها القائلون على تطبيقه.

وثانيهما: أن قرار التفسير يرتد إلى النص المفسر منذ ميلاده -لا لإجراء تعديل فيه بأثر رجعي- وإنما بافتراض صدور هذا القرار مستصحباً الحالة التي كان عليها النص المفسر حين ظهر قانوناً إلى الوجود^(١).

(١) محكمة عليا -الدعوى رقم ٨ لسنة ١ قضائية عليا "دستورية" - جلسة ٦ مايو ١٩٧٢ - قاعدة رقم ١٠ - ص ٩٢ من الجزء الأول من القسم الأول من مجموعة أحكامها الصادرة في الدعوى الدستورية منذ ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦ حيث تقول المحكمة أن القرار المفسر الصادر من سلطة مختصة بإصداره، لا ينشئ حكماً جديداً، بل يعتبر جزءاً من التشريع الأصلي الذي فسره، فيسرى من وقت نفاذ هذا التشريع. وإذا كان التشريع الأصلي -بالمعنى الذي تضمنه قرار التفسير التشريعي- هو الواجب التطبيق من وقت نفاذه؛ فإن هذا لا ينطوي على إجراء أثر رجعي لهذا القرار. ولا يتمتع سريان قرار التفسير على الوقائع التي تحدث في الفترة من صدور التشريع الأصلي والتشريع المفسر له، إلا حيث تكون قد صدرت بشأنها أحكام قضائية نهائية احتراً لمبدأ حجيتها.

وأظهر كذلك طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥١ قضائية تفسير -جلسة ٣٠ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١ - ص ٤٧٥ من المجلد الثاني من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الفصل السادس والخمسون

الرقابة القضائية على الدستورية وإدارة الدولة لشؤونها الخارجية

المبحث الأول

التدخل بين السلطين التشريعية والتنفيذية في هذا النطاق

٤٨٦- تثير إدارة الدولة لشؤونها الخارجية محاذير كثيرة منها ما إذا كان التدخل في هذه الشؤون يعتبر حقاً مقصوراً على رئيس الجمهورية. أم أن للسلطة التشريعية دوراً في تنظيمها، فلا ينفرد بها رئيس الجمهورية.

ويزيد من صعوبة الأمر أن للشؤون الخارجية تتعدد ملامحها وصور التدخل فيها.

فلسلطة التشريعية -ودون ما تميز بين غير المواطنين بالنظر إلى أعراقهم أو ألوانهم أو لهجاتهم- أن تحدد شروط دخولهم إلى إقليم الدولة، وأحوال طردهم من هذا الإقليم، والقوانين التي يخضعون لها عند وجودهم فيه. ولخصائصها في ذلك فرع من السيادة الوطنية، ونتيجة مترتبة على مسؤوليتها في مجال صون الأمن العام، وبمراعاة أن طرد غير المواطنين لا يعتبر عقوبة جنائية لا يجوز تطبيقها بلز رجعي، وإن تقيد بشرط الوسائل للقانونية السليمة^(١).

ولها كذلك أن تصل على ضمان إيفاء الدولة لالتزاماتها الدولية وفقاً لقانون الأمم. ولها في هذا المقام أن تقر القوانين التي يقتضيها تنفيذ معاهداتها مع الدول الأجنبية ولها أن موضوعها، بشرط أن تكون معاهداتها هذه صحيحة في ذاتها وفقاً للدستور، وبمراعاة أن المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قد تغاير في طبيعتها واتساعها تلك التي تنظمها السلطة التشريعية في مجال تصرفها للشؤون الداخلية في بلدها. وبظل تدخل السلطة التشريعية مطلوباً لتنفيذ معاهدة دولية قائمة كلما كان هذا التدخل كافلاً لمصالح قومية ملحة^(٢).

والسلطة التشريعية فضلاً عما تقدم، أن تحل أحكام معاهدة دولية نافذة على ضوء تغيير هام غير متوقع طرأ على السياسة القومية في المسائل التي تناولتها. ولها كذلك أن تتحلل من

(١) United States ex rel, Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950); Neely v. Henkel, 180 U.S. 109 (1901); Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).

(٢) United States v. Arjona, 120 U.S. 479 (1887).

المعاهدة إذا أخذت دولة متعاقدة بالتزاماتها المقررة بها. ويظل الأصل هو أن تعمل السلطة التشريعية على ضمان تنفيذ كل تعهد دولي تكون بلدها طرفا فيه. ذلك أن قانون الأمم يلزمها بأن تتخذ كل التدابير التي يقتضيها صون هذا التعهد ضمانا لتواصل الأمم فيما بينها وتوكيدا لتدخل مصالحها.

وللسطة التشريعية دائما أن تردع مواطنيها عن جرائمهم التي يرتكبونها في أعالي البحار، وأن تأمر بعونهم إلى بلدهم عند الضرورة، وأن تعاقبهم على امتناعهم عن العودة إليها، وأن تمنعهم من الاتجار في الأسلحة في مناطق القتال الأجنبية.

ولها كذلك أن تفرض رقابتها على سفنها التجارية الموجودة في أعالي البحار، وأن تنظم سلوكها حتى أثناء وجودها في البحار الإقليمية والمياه الداخلية الأجنبية في الحدود التي تتسامح فيها الدول التي توجد هذه السفن في مياهها أو بحارها^(١).

وإذا تباشر السلطة التشريعية اختصاصاتها في مجال الشؤون والعلاقات الخارجية الدولية، فإن عليها أن تنقذ في ذلك بوقاعد الدستور، وعلى الأخص ما فصل منها بحقوق المواطنين وحرياتهم. ذلك أن الولاية التي تباشرها في هذا النطاق هي عريضة في اتساعها - يتعين إخضاعها للقيود التي يحيطها الدستور بها، شأنها في ذلك شأن كل ولاية تلقتها السلطة التشريعية عن الدستور، وفوضها في مباشرتها.

ويتعين بالتالي أن يحيط شرط الوسائل القانونية السلمية بكل تنظيم يصدر عن السلطة التشريعية في نطاق الشؤون الخارجية، وأن تتوافر علاقة منطقية بين مضمون الاختصاص المخول دستوريا للسلطة التشريعية، والتدابير التي اتخذتها لتنفيذه^(٢).

(١) Blackmer v. United States, 284 U.S. 421 (1932); United States v. Bowman 260 U.S. 94 (1922).

(٢) Perez v. Brownell 356 U.S. 44 (1958).

وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية:

Since congress may not act arbitrarily, a rational nexus must exist between the content of a specific power in Congress and the action of Congress in carrying that power into execution

وفي النظم الفيدرالية، تثير إدارة الشؤون الخارجية موضوع العلاقة بين السلطة الاتحادية من جهة، ولاياتها من جهة أخرى. ذلك أن السلطة الاتحادية المركزية، وإن كانت لا تملك فسي نطاق الشؤون الداخلية غير صور الاختصاص التي تقتطعها دستور الاتحاد من الولايات الأعضاء فيه، إلا أن مظاهر السيادة الخارجية لا تملكها غير السلطة الفيدرالية - لا لأن الدستور خولها هذه السيادة وقصرها عليها - وإنما لأن مباشرة هذه السيادة نتيجة مترتبة بالضرورة على انضمام ولاياتها إلى الاتحاد، وانصهارها في بوتقة واحدة، تمثلها الوحدة الوطنية التي تجمعها.

وهي وحدة مؤداها أن تكون بيد الحكومة المركزية وحدها سلطة إعلان الحرب، والتعاقد على السلم، وإبرام المعاهدات الدولية، والدخول في روابط دبلوماسية مع الدول الأجنبية إلى غير ذلك من أشكال السيادة الخارجية التي وإن جاز القول بأن السلطة التشريعية دور في مجال تحديد بعض ملامحها، إلا أن اليد الطولي فيها هي لرئيس الجمهورية يصرفها وفق تقديره، وفي حدود الدستور، وبغير إخلال بالقوانين المعمول بها^(١).

٤٨٧- ولا يجوز بالتالي لأية ولاية في تنظيم فيدرالي أن تصدر تشريعا في أمر يتعلق بالشؤون الخارجية التي تستقل بها الحكومة المركزية وفقا للدستور، والتي ترتبط أهميتها بتكافؤ الدول في سيادتها، وحساسيتها فيما يتعلق بمصالحها القومية. مثل الشؤون الخارجية في ذلك، مثل السلطة التي تملكها الدولة بالنسبة إلى الأعمال العدائية الموجهة ضدها. ذلك أن اختصاصها بهرد هذه الأعمال على أعقابها، يفيد ضمنا لاختصاصها بتسوية الأضرار الناجمة عن تلك الأعمال منذ بنائها، وعلى امتداد مراحل تطورها، وحتى بعد توقفها أو انتهائها، كلما كان التدخل بسلطانها هذه لازما لمواجهة مضار لحقتها تلك الأعمال بالأوضاع القائمة في إقليمها، وبشرط ألا تتحول هذه الرخصة الاستثنائية إلى سلطة دائمة أو مطلقة، غابتها إرضاء مشاعر قومية ملتية^(٢).

(١) Kennedy v. Mendoza - Martinez, 372 U.S. 144 (1963).

وينص الدستور الأمريكي على أن لرئيس الجمهورية السلطة التي يبرم بها المعاهدات الدولية بموافقة ونصيحة مجلس الشيوخ وبشرط موافقة ثلثي أعضائه الحاضرين.

(٢) ولا يجوز لولاية بالتالي أن تنظم حق الأجانب في الميراث باعتباره متصلا بالشؤون الخارجية التي يستقل بها رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية وفقا للدستور.

Zachernig v. Miller, 389 U.S. 429 (1968)

ذلك أن مواجهة الأعمال العدوانية بالتدابير الملائمة، سلطة خطيرة في اتساعها، وفي قدر
 مساسها بحقوق المواطنين وحياتهم. ويتعين بالتالي ضبطها في حدود منطقية تزن بها بقدر
 للضرورة التي فرضتها، فلا تتخذ مبررا لإضفاء الشرعية الدستورية على كل قانون أو إجراء
 ولو كان مغاليا لطبيعتها^(١).

(^١) See Concurring Opinion of justice Jakson in Woods v. Miller Co. 333 U.S. 138 (1948).

المبحث الثانيبعض أحكام المعاهدات الدوليةالمطلب الأوللمستورية المعاهدة الدولية

٤٨٨- لرئيس الجمهورية أن يدير السياسة الخارجية لبلاده، ولو لم يكن هو الذى حدد ملامحها. وهو مسئول عن التفاوض على معاهداتها الدولية وإبراقها وإنهائها، وفى أن يقيم علاقات مع الدولة الأجنبية أو بنهياها^(١).

وكل سلطة لا يتلقاها رئيس الجمهورية من الدستور، ولا بتفويض من المشرع، لا يجوز أن يباشرها، أيا كان قدر الحاجة إليها أو الأوصاف الطارئة التى تتطلبها. وإذا كان الدستور فى بعض الدول لا يفرد رئيس الجمهورية باختصاص الدخول فى معاهدة دولية، وعلى الأخص ما يكون منها ذو أهمية بالغة؛ إلا أن تنفيذ سلطة رئيس الجمهورية على هذا النحو، مرده إلى نص فى الدستور. والأصل فى المعاهدة الدولية، أنها تعاهد بين دولتين أو أكثر لا يفرغ فى شكل معين. وهي تعتبر من أكثر أشكال التدخل تأثيراً فى الشؤون الخارجية، وعلى الأخص من جهة مضمونها، ونطاق المسائل التى تنظمها، وضرورة التنفيذ بأحكامها. ومن ثم تظهر المعاهدة الدولية كاتفاق خطير فى آثاره من ناحيتين بوجه خاص:

أولاهما: أنها تتناول كل المسائل التى يجوز التفاوض عليها بين الدول أطرافها.

ثانيتهما: أنها تكفل الوفاء بمصالح قومية عليا كلما تتناولها السلطة التشريعية بوسائلها، أو تعجز عن مواجهتها لاتصالها بشئون زمامها أصلاً بيد السلطة التنفيذية تنظمها من خلال معاهدة دولية تكون الطريق الوحيد للتدخل فى علاقات من طبيعة دولية.

ومن ثم كان الأصل أن يندرج موضوع المعاهدة الدولية فى إطار المسائل التى يجوز ضبطها من خلال تنظيم دولي. وهي مسائل لا يجوز لجهة الرقابة على الدستورية أن تقرر ملامحة التفاوض عليها، ولا أن تفصل فى حسن أو سوء نية السلطة التنفيذية فى مجال تنظيمها

(١) See, J.Berger, "The Presidential Monopoly of foreign Relations". 71 Mich., L.Review, 1 (1972).

لها من خلال المعاهدة الدولية؛ وإن تعين عليها دوماً أن تفرض رقابتها على المعاهدة في أوضاعها الشكلية التي يتطلبها الدستور، وأن تحيط كذلك بمضمون أحكامها للتحقق من تطابقها مع أحكامه، وعلى الأخص ما يتعلق منها بحقوق المواطنين وحرياتهم التي كلها^(١). ذلك أن كل معاهدة دولية -وهي لا تعتبر كذلك إلا إذا تم التفاوض بين الدول أطرافها على كافة المسائل التي تناولتها^(٢)- دون الدستور في منظومة تدرج القواعد القانونية، سواء كان للمعاهدة قوة القانون ليحلها قانون لاحق عليها^(٣)؛ أم كان لها قوة تلو قوة القانون، فلا يحلها قانون تال للعمل بها.

وليس للمعاهدة أن تعدل الدستور. ذلك أن شرط صحتها هو ألا تتناقض أحكامها التي لا شأن لها بما إذا كان الدخول في المعاهدة في الدول الفيدرالية قد جاوز الاختصاص المقرر دستوريا لولاياتها. ويؤيد هذا النظر، أن المعاهدة الدولية تطرح مسائل قومية عميقة في أبعادها لا تجميها إلا السلطة الوطنية الفيدرالية^(٤). وصح القول بالتالي بأن للمعاهدة -ربما بالنظر إلى الطبيعة الدولية للمصالح التي تمثلها- أن تنظم بطريقة شاملة، كافة المسائل التي يجوز تفاوض عليها، ولو كان من بينها ما احتجزه الدستور للولاية. كذلك لا شأن لدستورية المعاهدة بما إذا كان الدخول فيها يعتبر إجراء ملزماً وضرورياً وذلك لأمرين:

أولهما: أن المعاهدة والقانون دون الدستور في مدرج التنظيم القانوني في الدولة. ويتعين بالتالي أن تأخذ المعاهدة في اعتبارها حقوق المواطنين وحرياتهم، سواء ورد النص عليها في الدستور، أو صدر بها ميثاق لإعلان الحقوق. وليس للسلطة التشريعية بالتالي أن تستخلص من معاهدة دولية تتولى تنفيذ أحكامها -من خلال قانون يدمجها في القوانين الوطنية المعمول بها- حقوقاً تعلق بها على الدستور. شأن المعاهدة الدولية في ذلك -ولو كان إبرامها بموافقة السلطة

(١) J. Henkin, Foreign Affairs and the Constitution, 251- 70 (1972); Laurence H. Tribe, I ibid, p. 227.

(٢) De Geofroy v. Riggs, 133 U.S. 258, 267 (1890); Reid V.Covert, 354 U.S. 1 (1957).

(٣) Foster V. Neilson, 27 U.S (2 pet) 253, 314 (1829).

فإذا كانت المعاهدة لاحقة على القانون، فإنها تعد له بشرط أن تكون نافذة بذاتها، لأنها إن لم تكن كذلك، فستحتاج إلى قانون لتنفيذها. وفي هذه الحالة يعتبر هذا القانون ملغياً للقانون السابق، ولا يقال عندئذ بأن المعاهدة ذاتها ألغت القانون السابق عليها. وفي الدول الفيدرالية تسمى المعاهدة على أي قانون في الولاية وتو نظم هذا القانون مسائل تدخل في اختصاصها.

(٤) Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920) at 435; Laurence H.Tribe, ibid, p. 227.

التشريعية، وفي حدود توجيهاتها- شأن كل قانون توافق عليه بأغلبية أعضائها، ولو كان الدخول في المعاهدة الدولية وفق لأوضاع شكلية تغيير تلك التي يتطلبها الدستور في شأن اقتراح القوانين وإقرارها وإصدارها.

ثانيهما: أن ملامحة المعاهدة أو ضرورتها لا شأن لها بضوابط دستوريته. ذلك أن كل معاهدة دولية تتجرد من آثارها بقدر خروجها على الدستور، سواء تم الدخول فيها تنفيذاً لسياسة تم الاتفاق عليها، أم كان التفاوض عليها وإبرامها قد تم لموجهته أوضاع طارئة. ذلك أن التدخل بالمعاهدة لتنفيذ سياسة قائمة، لا يحسنها؛ وإنما يتعين للفصل في دستورية المعاهدة، النظر إلى المسئلة التي أبرمتها، وإلى حدود اختصاصها المقرر بالدستور، وإلى كيفية مباشرتها لهذا الاختصاص؛ وبمراعاة أن الفصل في دستورية القانون الصادر بتنفيذ معاهدة دولية، لا ينفصل عن المعاهدة التي تعلق هذا القانون بها.

المطلب الثاني

مبدأ فصل المسئلة التشريعية عن التنفيذية، وأثره على المعاهدة

٤٨٩- تتوزع المسئلة بين الأفرع التشريعية والتنفيذية والقضائية، فلا تنمجم في بعضها، حتى تباشر كلٌ منها -على ضوء تعاونها لا تناحرها- وظائفها بصورة مفكرة لا طغيان فيها، وفي إطار أشكال من الرقابة التي تتبادلها فيما بينها، بما يحفظ توازنها ويكمل تساويها مع بعضها The system of checks and balances. وبمراعاة أن فصل الأفرع التي تباشر السلطة عن بعضها، لا يتقرر دائماً بخطوط قاطعة. بل كثيراً ما تكون حدود هذا الفصل مشوبة بالغموض. وهو ما يلقي واجباً ثقيلاً على جهة الرقابة على الدستورية التي يتعين عليها عندئذ أن تبين الخطوط التي لا يجوز لأية سلطة أن تتجاوزها، وعلى الأخص فيما يتعلق باختصاص رئيس الجمهورية في تنفيذ السياسة القومية في الشؤون الخارجية، من خلال معاهدة دولية تعتبر أداة رئيسية لتطوير العلاقات بين الدول.

ولا شبهة في أن اختصاص رئيس الجمهورية بإدارة شؤون الدولة الخارجية، إنما يدخل فيه عقده لمعاهدتها الدولية. ذلك أن إدارته لهذه الشؤون لا تنافي من تفويض يصدر عن السلطة التشريعية، وإنما مرد أمره في تصريفها إلى الدستور، مقيداً في ذلك بأحكامه. فلا تكون سلطته في إدارة الشؤون الخارجية مطلقة لا قيد عليها، وإن تعين القول بظلة عناصر التقدير على ضوابط

التقييد فيها، واتساع نطاقها، ومرونتها، ومواجهتها لأوضاع متغيرة بطبيعتها، خاصة وأن نفاذ رئيس الجمهورية إلى الأوضاع الداخلية في الدول الأجنبية، ومعرفة بظروفها وخبرته بشأنها، يتحقق على نحو أفضل من السلطة التشريعية. وهو يعتمد على مصادر المحادة التي ترتبط به مباشرة - كرجال مخابراته ومسفراته وقناصله الموزعين في الدول على اختلافها - للحصول على المعلومات التي يطلبها منهم عنها. فلا تكون موضوعية تقاريرهم وسريتها إلا مصادر موثوق بها تكبر خطاءه، وتبصره بالطرائق الأفضل للتعامل مع هذه الدول.

وهو يقرر على ضوء هذه التقارير -التي تعتبر سريتها وضرورتها كتمان ما ورد بها من أكثر الوسائل فعالية لتحديد للملاح الجهورية للسياسة الخارجية- شكل للتدخل بوضوح التأثير في الدول الأجنبية التي يتعامل معها، ولتر هذا التدخل على الأوضاع التي تحيط بالدول المجاورة لها، وعلى روابطه الدبلوماسية في مجموعها، وما إذا كان مرغوبا فيه ألا يتدخل على نحو ما، أو ألا يتدخل على الإطلاق.

ولئن كان نفاذ المعاهدة الدولية في النطاق الداخلي، مطلقا أحيانا على موافقة السلطة التشريعية عليها، إلا أن هذه السلطة لا يجوز أن تتدخل في عملية التفاوض بشأنها^(١). ومن باب أولي إذا كان نفاذ المعاهدة في الداخل واقعا بحكم الدستور بمجرد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية التي لا تشترط لسريان المعاهدة في النطاق الداخلي، صدور قانون ينقل أحكامها من المجال الدولي ويدمجها في القوانين الوطنية، وإنما يجعل للمعاهدة التي يبرمها رئيس الجمهورية، قوة للقانون، بمجرد التصديق عليها ونشرها وفق الأوضاع المقررة.

بما مؤده أن كل اختصاص ينفرد به رئيس الجمهورية وفقا للدستور، يظل واقعا وراء حدود السلطة التشريعية ورقابتها. ذلك أن الأصل في السلطة -لها كان مضمونها أو الأثر الذي تبشرها- هو أن يكون الدستور مصدرها. فلا تبشر السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية غير الولاية التي حددها الدستور؛ وكذلك ما يندرج ضمنا تحتها، أو يعتبر نتيجة مترتبة عليها Resulting Power. وكلما كان الغرض مشروعا، وواقعا في حدود الدستور، كان للسلطة أن

(١) United States v. Curtiss - Wright Export Corp. 299 U.S. 304 (1936).

تعمل على تحقيقه، بكل الوسائل الملائمة وغير المحظورة، والموافقة للمستور في عبارته وروحه^(١).

"Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution ; and all the means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional.

وارئيس الجمهورية إذا لم يرض بالشروط الجديدة التي تريد السلطة التشريعية إدخالها على المعاهدة، أن يتخطى عن التفاوض لإتمامها. وسلطته في ذلك مطلقة لا قيد عليها^(٢).

المطلب الثالث

التفاوض على المعاهدة الدولية

٤٩٠- لا تصدر أية مبادرة للدخول في معاهدة دولية إلا عن رئيس الجمهورية. فإذا عزم على عقدها، اختص دون غيره بالتفاوض حول بنودها^(٣).

وارئيس الجمهورية أن يرخص لغيره في التفاوض على المعاهدة. وقد يتفاوض شخص عليها بغير تفويض بخوله السلطة الكاملة التي يكون بها ممثلاً لدولته في القبول بأحكامها.

وفي هذه الحالة تكون المعاهدة عديمة الأثر بالنسبة لهذه الدولة ما لم تجزها بعد إبرامها بإقرار لاحق^(٤).

ويقدم رئيس الجمهورية إلى السلطة التشريعية -إذا اشترط الدستور تدخلها للموافقة على المعاهدة- المعلومات التي يقر ملائمة عرضها عليها في شأن تطور مراحل المعاهدة وناتجها^(٥).

^(١) Mc Culloch v. Maryland, U S. 4 Wheel 316, 420, 421 (1819).

^(٢) Grandall, Treaties, Their Making and Enforcements Washington: second edition. 1916.

^(٣) United States v. Curtiss- Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936).

^(٤) انظر في ذلك المادة ٨ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 39126 Document A CONF.

^(٥) E. Corwin, the president - Office and powers 1787- 1957 New York, fourth edition, 1957, pp. 428- 429.

ولها بعدئذ إما أن تقرر رفض الموافقة على المعاهدة، أو القبول بها دون شروط، أو تطبيق الموافقة عليها على تعديل بعض أحكامها، أو على التحفظ عليها، أو على إصدار بيان بالتفاهم حول دلالتها^(١). ويتعين أن يتفاوض رئيس الجمهورية من جديد حول المعاهدة إذا كان قبول السلطة التشريعية لها، معقفاً على تحفظ أو رهن إجراء تعديل فيها. ويثير بيان التفاهم مخاطر كثيرة، أهمها أنه يعطي تفسيراً للمعاهدة قد لا يكون مقبولا من الدول أطرافها^(٢). كذلك فإن التحفظ على بعض أحكامها لا يكون جائزاً إذا كان ينظر إلى المعاهدة بوصفها صفقة متكاملة الأجزاء لا يجوز إدخال تغيير يؤثر في بنائها، مما يقتضي القبول بها في مجموع أحكامها، أو عدم الدخول فيها على الإطلاق.

المطلب الرابع

تفسير المعاهدة الدولية

٤٩١- تحكم المعاهدة في مجال تفسيرها قاعدة كلية حاصلها أن كل تفسير يحبط الأغراض المقصودة منها، لا يكون مقبولا. كذلك، فإن قواعد تفسير المعاهدة ترتك في جزورها إلى القواعد التي تصر بها العقود في مجال القانون الخاص. وصح القول بالتالي -وعلي ما تنص عليه المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- <حضور تفسير المعاهدة بما يتفق وحسن النية، وعلي ضوء المعنى المعتاد الذي يتعين أن يعطى لعباراتها ومصطلحاتها، في سياقها، وبما لا يخل بموضوعها ولا بأغراضها>.

ويشمل سياق المعاهدة -لأغراض تفسيرها- أحكامها وملاحقها وديباجتها، وكذلك كل اتفاق يتعلق بالمعاهدة تم بين الدول أطرافها في مجال إبرامها. فضلاً عن أية وثيقة لها شأن بالمعاهدة في مجال إبرامها، إذا أصدرتها إحدى الدول المتعاقدة، وأقرتها الدول الأخرى أطرافها كوثيقة تتعلق بالمعاهدة.

(١) The constitution of the United States of America, U.S. government printing office, Washington 1996, p. 420.

(٢) يقصد بالتحفظ -وعلي ما تنص عليه المادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات- ذلك البيان الفردي A Unilateral Statement أي كالت الطريقة التي صوغ بها أو التسمية التي أطلقت عليه، إذا كان من شأن هذا البيان التعبير عن إرادة الدولة وقت توقيعها على المعاهدة أو تصديقها عليها أو انضمامها، أو قبولها لها، في استبعاد أو تعديل الآثار القانونية لبعض أحكامها في مجال تطبيقها بالنسبة إليها.

ويؤخذ في الاعتبار -بالإضافة إلى سياق المعاهدة، وفضلا عن قواعد القانون الدولي ذات الصلة المعمول بها في علاق الدول فيما بينها- كل اتفاق لاحق تم بين الدول أطرافها فيما يتعلق بتفسير المعاهدة أو تطبيق أحكامها، إذا دل على قبول الدول أطرافها لهذا التفسير. ويعطى كل مصطلح في الاتفاقية معنى خاص، إذا قام الدليل على اتجاه إرادة الدول إلى هذا المعنى<١>.

وتجيز المادة ٣٢ من هذه الاتفاقية، اللجوء إلى وسائل تكميلية للتفسير، بما في ذلك الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمعاهدة، وإلى الأوضاع الملازمة لإبرامها، وذلك من أجل تأكيد معانيها الناجمة عن تطبيق المادة ٣١ من الاتفاقية، أو لتحديد هذه المعاني إذا كان تفسير المعاهدة وفقا لنص المادة ٣١ المشار إليها، يترك المعنى غامضا أو مجهلا، أو يفضي إلى نتيجة بالغة الغرابة، أو مجاوزة بشكل ظاهر ما هو معقول Manifestly absurd or unreasonable.

وتنص المادة ٣٣ من الاتفاقية المذكورة على أنه كان نص المعاهدة محررا بأكثر من لغة رسمية، فإن صيغها الرسمية جميعها تكون لها القوة ذاتها، ما لم تنص المعاهدة أو تنفق الدول أطرافها على تغليب صيغة رسمية معينة على أخرى، حال اختلافهما في المعنى. ويفترض أن تتوافق الصيغ الرسمية المختلفة للمعاهدة في معانيها. وفيما عدا الحالة التي تنص فيها المعاهدة أو التي تنفق فيها الدول أطرافها على تغليب صورة على أخرى من الصيغ الرسمية للمعاهدة، فإن ما يقع من تغاير في المعنى بين صيغة وأخرى عند مقارنتها ببعض، يتعين أن يفضى -إذا تضرر حلّه من خلال المادتين ٣٢، ٣١ من الاتفاقية- بالرجوع إلى المعنى الذي يوفق بطريقة أفضل، بين ما هو قائم من تعارض بين هاتين الصيغتين الرسميتين، مع إلقاء الاعتبار لموضوع المعاهدة وأغراضها<٢>.

٤٩٢- تلك هي الخطوط الرئيسية لقواعد تفسير المعاهدة التي شكك بعض الفقهاء في وجودها أصلا في تطلق القانون الدولي، وإن كان آخرون قد ذهبوا إلى احتواء هذا القانون على أصول لتفسير المعاهدة لا يجوز تجاهلها. وهم يستخلصون هذه الأصول من القواعد التي أقرتها في هذا الشأن المحكمة الدائمة للعدل الدولي<٣>). وهي قواعد حرص معهد القانون الدولي كذلك

(١) انظر في ذلك الرأي الاستشاري للمحكمة الدائمة للتحكيم الدولي في موضوع-

"The Exchange of Greek and Turkish Populations". Ser.B.No p.20,26.

وكذلك رأيها الاستشاري في موضوع "Postal Polish Office in Danzig," Ser.B.No.11, at 37.

علي صياغتها -بحذر كبير- في مادتين^(١). والفقهاء يختلفون كذلك في نقطة البداية التي يركزون عليها في مجال التفسير. فمنهم من يولي اهتمامه لنصوص المعاهدة بوصفها التعبير الأق والرسمي عن نوايا الدول أطرافها. وينظر آخرون إلى نوايا هذه الدول بوصفها عاملاً شخصياً منفصلاً عن نصوص المعاهدة، ويركز نفر آخر على موضوع وأغراض المعاهدة، المعالجة أو الواضحة.

والذين يقولون من الفقهاء على نوايا الدول المتعاقدة، يجيزون الرجوع بصورة متحررة إلى الأعمال التحضيرية، وإلى غيرها من الوثائق التي تغيد في كشفها عن هذه النوايا. والذين يعطون أهمية رئيسية لموضوع المعاهدة وأغراضها -خاصة في المعاهدات التي تتعدد الدول أطرافها- يسوغون تفسير أحكامها فيما وراء نصوصها، وحتى بالمخالفة لها. ولكن الفقهاء في غالبيتهم يرون أن المكانة الأولى في التفسير، هي تلك التي تحتلها نصوص المعاهدة. ولكنهم لا يتجاهلون كذلك الشواهد الخارجية على نوايا الدول أطرافها، ولا يسقطون من حسابهم موضوع المعاهدة وأغراضها في مجال تفسير أحكامها. والمحاكم الدولية جميعها تلجأ في تفسير المعاهدة إلى قواعد التفسير المقررة في نظمها الوطنية في مجال تفسير العقود. وإن صح ما قرره الفقهاء من أن قواعد التفسير هذه، ليس لها صفة إلزامية، لأنها تعتمد على المنطق وحسن التقدير، وأن قيمتها تكمن في مجرد كونها خطوطاً توجيهية لضوابط التفسير لا ترقى إلى مرتبة الإلزام، وإن ملاممة تطبيقها في حالة بذاتها، مرده إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طبيعة المعاهدة وموضوعها، وطريقة ترتيب عبارتها، وصلتها ببعضها، وعلاقتها بالأجزاء الأخرى في المعاهدة، ودرجة افتتاح المفسر -لا بأية تطبيق هذه الضوابط- وإنما بمدى صلاحيتها لمواجهة أوضاع بذاتها المرتبطة المعاهدة في مجال تطبيقها بين الدول أطرافها.

ولا يتصور بالتالي تقييد قواعد تفسير المعاهدة على ضوابطها، كلما كانت ملاممة تطبيقها في حالة بذاتها، موقوفة على الطبيعة الخاصة لنص معين، أو على النظرة الشخصية لأوضاع تحيط بالمعاهدة وتؤثر في تطبيقها. وإنما يتعين أن يقتصر التقييد على تلك القواعد التي لها من عموم تطبيقاتها ما يسوغ الإحالة إليها في مجال تفسير المعاهدة. ويندرج في إطار هذه القواعد: ما هو مقرر من أنه إذا تعارض نصيران للمعاهدة أحدهما يمنحها الفعالية والأخر يحجبها عنها على

(١) Annuaire de L'institut de droit international, Vol.46(1956)P.359.

ضوء موضوعها و أغراضها، فإن التفسير الأول يكون هو الأقرب باعتباره ضرورة يقتضيها حسن نية الدول أطرافها في مجال تنفيذها.

٤٩٣- وينبغي أن يلاحظ ما يأتي:

أولاً: إن فاعلية المعاهدة The rule of effectiveness ، لا نخول أحدا أن يفسرها بما يلائم دلالة عبارتها وروحها. ذلك أن مثل هذا التفسير ينحل تعديلاً لأحكامها، ولا يتوخي مجرد تحديد معانيها^(١).

ثانياً: يتعين النظر إلى المعاهدة إليها كوحدة متكاملة أجزاؤها فيما بينها. كذلك فإن النظر إلى قواعد التفسير المختلفة لترتيبها فيما بينها وفق علاقة منطقية تقتضيها طبائع الأشياء، لا يفيد تخرج هذه القواعد فيما بينها في نطاق علاقة هرمية تقدم بعضها قانوناً على بعض Hierarchy of norms.

ثالثاً: أن نص المعاهدة هو نقطة البداية في كل تفسير لأحكامها. ويتعين بالتالي أن يؤخذ بمعاني ذلك النص في دلالتها المعتادة، وفي إطار مبادئها، وبما لا يخل بموضوع المعاهدة أو يحبط أغراضها، وأن يعول دائماً على ما يجري به العمل بين الدول أطرافها، وعن اتفاقاتها اللاحقة لإبرامها والتي تبلور تفاهمها فيما بينها على المعاني التي يتعين إسنادها إلى المعاهدة.

ومرد أصل اللجوء إلى النص ابتداءً The Textual Approach أنه التعبير الأوضح والأخير عن الإرادة المشتركة للدول المتعاقدة. ويتعين التحويل عليه أصلاً خلا لفروض الفلانة التي حكم لها.

Le texte signé est, sauf de rares exceptions, la seule et la plus récente expression de la volonté commune des parties^(٢).

رابعاً: أن تفسير المعاهدة وفق ما يقتضيه حسن النية، مرده أنها شريعة العقد فيما بين الدول أطرافها Pacta sunt servanda.

(١) Ut res magis valeat quam pereat.

(٢) أنظر في ذلك الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية I.C.J. Reports 1950, p.229. Annuaire de l'institut de droit international, vol.44, tome I (1952), p.199.

خامسا: الأخذ بالمعنى المعتاد لمصطلح ورد في المعاهدة، على ضوء مفاهيم مجردة، وإملا يتحدد في إطار ميثاق المعاهدة، وعلى ضوء موضوعها وأهدافها؛ ووفق معقولة أو اضطراب هذا التفسير. وفي ذلك تقول محكمة العدل الدولية في القضية المتعلقة باختصاص الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن قبول دولة جديدة كعضو بها، ما يأتي:

"إن المهمة الأولى لألية محكمة تدعي لتفسير نصوص معاهدة دولية، هي أن تعمل جاهدة على إعطاء الفاعلية لأحكامها في النطاق الطبيعي والمعتاد لدلالاتها، وعلى ضوء مبادئها. فإذا أمكن إسناد معنى معقول لها في هذا النطاق، كان ذلك نهاية لمهمة المفسر^(١)".

سادسا: أن ما قد تتصوره إحدى الدول من معان لألفاظ المعاهدة، تقوم في ذهنها وقت التفاوض عليها أو عند إبرامها، لا يعدو أن يكون تحفظا ذهنيا Mental reservation قد يقوم الدليل على نقيضه من حقيقة مضمون نصوص المعاهدة، ودلالة عباراتها.

سابعا: لا يجوز في مجال تفسير المعاهدة أن نحتكم إلى التفسير المرن لأحكامها بقصد تطويرها، و لا إلى التفسير المضيق لنطاق تطبيقها بقصد صون حقوق الميادة وفرض أقل القيود عليها. ذلك أن لكل معاهدة نطاقا طبيعيا تعمل فيه، ودائرة لمرئياتها ومضمونها لأحكامها لا يجوز أن يفتل من خلال هاتين الصورتين من صور تفسير المعاهدة اللتين قد تنقضان إرادة الدول أطرافها، ولا تسحان مجالا حقيقيا لتحقيق مقاصدها من المعاهدة. والأولى أن نعتد بمعانيها الواضحة، سواء كانت المعاهدة من طبيعة مشرعة Traité Lois، أم كانت من طبيعة عقدية Traité Contrats، وأن نأخذ هذه المعاني من الدلالة الطبيعية أو المألوفة للكلمة أو العبارة، لأن نحملها بمعان ترهقها، أو تحورها. وهو ما تقرره المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي^(٢)، ونلك بقولها:

It is a cardinal principle of interpretation that words must be interpreted in the sense they would normally have in their context, unless such interpretation would lead to something unreasonable or absurd.

(١) I.C.J Reports 1950, p.8.

(٢) I.C.J Reports 1950, p.8.

ثامناً: يتعين تفسير المعاهدة بالنظر إلى كافة بنودها، فلا يقتصر التفسير على نص منها منعزلاً عن غيره. ذلك أن نصوص المعاهدة تتكامل فيما بينها. وحتى الدلالة القاطعة لبعض ألفاظها في أجزاء من المعاهدة، قد تنقضها معان يمكن أن تستنبطها من باقي أجزائها.

تاسعاً: خلو المعاهدة من نص بحكم الحالة المعروضة، لا يجوز أن يظل يد المفسر عن النظر في أغراض المعاهدة. فإذا استطاع أن يستخلص منها حكماً يغطي به هذا الفراغ، تعين تطبيقه^(١).

المطلب الخامس

العلاقة بين المعاهدة والقانون

٤٩٤- ويقرر دستور جمهورية مصر أن المعاهدة شأنها شأن القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. فلا يطو القانون على المعاهدة، ولا المعاهدة على القانون. ولكنهما يتكاملان في مرتبتيهما في مدارج القواعد القانونية. وإذا كان الدستور يسمو على المعاهدة والقانون، فإن عليهما أن يتقيدا بأحكامه. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تكفل للمعاهدة قوتها بقدر اتفاقها مع أحكام الدستور. فإن هي جاوزتها، تعين إبطالها. ولا يجوز بالتالي أن تتل معاهدة دولية -وليا كان موضوعها- من نصوص الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية.

(١) ومن ذلك ما قرره محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري المتعلق بتعويض العاملين بالأمم المتحدة عن الأضرار التي تسببهم وتؤدي إلى موتهم أو إلى إحداث جروح بهم من جراء عمل يصدر عن إحدى الدول الأعضاء بها، من أن ميثاق الأمم المتحدة وإن خلا من نص يفرض هؤلاء العاملين الأهلية القانونية التي يقاضون بها الدولة التي صدر عنها العمل الضار؛ إلا أن هذا الميثاق لم يجردهم كذلك من الأهلية، وما كان يوسعهم الحصول على حقوقهم من الدول المسؤولة، بخير تمتعهم بتلك الأهلية، ومن ثم يكون ولجبا الفسراض فلو أنها لهم. راجع أيضاً:

I.C.J. Reports 1949, 174. See also, The Corfu Channel Case (Merits) I.C.J. Reports 1949, at PP.23-26

Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, pp.129-157 See also, Draft Articles on the law of treaties with Commentaries, adopted by the international Law Commission at its 18th session, United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Official Documents, pp.37-46

فما تدعيه ولاية في تنظيم فيدرالي من حقها في تنظيم هجرة الطيور عبر إقليمها، ينال من المصلحة الوطنية العريضة في اتساعها، والتي تقتضي أن تنظم هذه الهجرة من خلال معاهدة دولية، ويقرانين فيدرالية. خاصة وأن الطيور المهاجرة لا تتوطن في أية ولاية، وإنما يكون مرورها بها عابراً. والمعاهدة والقانون هما اللذان ينظمان هذه الهجرة. وبدونهما لن تكون ثمة طيور تنظمها أية سلطة. ولن يكون ثمة محل للاعتماد عليها، سواء كغذاء أو في مجال تنقيبة وحماية المحاصيل من حشراتها^(١).

وكما تعارض مضمون المعاهدة وقانون لاحق عليها، وكان للمعاهدة قوة القانون، فإن أولوية التطبيق تكون لهذا القانون دون المعاهدة *Leges Posteriores Prioris Contrarias* *Abrogant*.

ذلك أن كلا من المعاهدة والقانون تتكافأ في هذه الصورة في درجتهما، فلا يكون القانون اللاحق على المعاهدة إلا معدلاً أو منهيها لها. فإذا كانت المعاهدة لاحقة للقانون، فإنها تحله بشرط أن تكون نافذة بذاتها *Self-executing Treaty*^(٢). وتعتبر المعاهدة كذلك، إذا كان تنفيذها لا يرتبط بصدر قانون ينقل أحكامها إلى النطاق الداخلي ويجعلها واجبة الاحترام^(٣) فإذا كان تنفيذها معلقاً على صدور قانون لاحق، فإن القانون السابق يظل قائماً إلى أن يصدر القانون اللاحق. وكثيراً ما تكون المعاهدة غير نافذة نفاذاً ذاتياً، إما بالنظر إلى طبيعة موضوعها^(٤) أو بناء على نص فيها.

(١) كانت الولايات المتحدة الأمريكية قد أبرمت مع بريطانيا العظمى من أجل حماية الطيور المهاجرة. وقد أصدر الكونجرس قانوناً لتنفيذ هذه المعاهدة، إلا أن ولاية ميسوري نعت على هذا القانون تدعيه على المجال المجهز للولايات بمقتضى التعديل العشر للستور الأمريكي. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة قضت بأنه لا شبهة في دستورية القانون المطعون عليه، لصدوره عن الكونجرس في نطاق سلطته في اتخاذ التدابير الضرورية والملائمة لتنفيذ سلطات الحكومة.

Missouri v. Holland , 252 U.S. 416 , 432 (1920).

(٢) Cook v. United States, 288 U.S.102(1933).

(٣) Faster v. Neilson 2 pet (27 U.S.) 253, 314 (1829).

(٤) ومن ذلك معاهدات الحياد، والمعاهدات التي تتعلق بالحرب والمعاهدات التي تكفل للأجانب حقوقاً مدنية يتساوون فيها مع المواطنين

وقد تكون للمعاهدة قوة تطو على القانون، ولا يتصور في هذه الحالة أن يحلها قانون لاحق، وهو ما تنص عليه المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي بقولها بأن لكل اتفاق أو معاهدة دولية قوة ترو على القانون إذا كان التصديق أو الموافقة عليها، قد تم وفق الأوضاع المقررة، وبشروط تبادل تطبيقها بين الدول أطرافها.

وكما كان تدخل السلطة التشريعية مطلوباً لتنفيذ معاهدة دولية، فإن الأمر يحتمل عندئذ أحد فرضين:

أولهما: أن يكون موضوع المعاهدة والقاع في إطار المسائل التي عهد الدستور صراحة إلى السلطة التشريعية بتنظيمها. وعندئذ يدخل تنفيذ المعاهدة في إطار اختصاص كلفة الدستور لهذه السلطة.

ثانيهما: أن يكون موضوع المعاهدة ذا طبيعة دولية. وفي هذه الحالة لا يتدخل المشرع لتنفيذ المعاهدة بناء على نص مباشر في الدستور يخولها هذا الاختصاص، وإلما لأن ولايتها المقررة بالدستور يندرج تحتها ضمناً. إقرار كافة القوانين التي تراها ملائمة وضرورية لأعمال مقتضاها The necessary and proper clause.

وليس للمشرع في نظام فيدرالي، أن يجرم الأفعال المخلة بالنظام داخل حدود الولاية، ولكنه يستلمع تقرير عغوبة عن هذه الأفعال ذاتها، إذا كان من شأنها حرمان غير المواطنين بها، معن الحقوق التي كفلتها لهم معاهدة دولية. فلا يكون القانون الصادر عن المشرع الفيدرالي، إلا إجراء ضروريا وملائماً لتنفيذ هذه المعاهدة^(١).

كذلك لا تختص السلطة التشريعية وفقاً للدستور بتحويل قضايتها سلطة قضائية على مواطنيها في الدول الأجنبية، لأن ذلك من المهام التي تنظمها المعاهدة فيما بين الدول أطرافها، وإن جاز للسلطة التشريعية أن تصدر قانوناً تكملياً لهذه المعاهدة، باعتباره إجراء ملائماً وضرورياً لتطبيقها. ولا يجوز للسلطة التشريعية كذلك أن تصدر قانوناً يتسلم الهاريين من العدالة إلى الدولة طالبة التسليم، ولكن المعاهدة بوسعها ذلك. وقد أصدر المشرع كثيراً من القوانين التي ينفذ بها معاهدات التسليم هذه.

(١) Neely v. Henkel, 180 U.S. 109, 121 (1901).

وتتخصص الرقابة على الدستورية في هذه الصور جميعها، في التحقق مما إذا كان تدخل السلطة التشريعية على النحو المتقدم، يعتبر إجراء ضروريا وملتما لتنفيذ معاهدة قائمة. فإن لم يكن هذا التدخل كذلك، فإن هذه السلطة تكون قد جاوزت حدود ولايتها، وأنت بالتالي عملا مخالفا للدستور.

بما موداه، أن كافة المسائل ذات الطبيعة الدولية وما يتصل بها من حقوق الدول والقرامات، تتفرع عن حقوق السيادة التي تباشرها كل دولة على امتداد إقليمها، وليس لسلطة محلية من شأن بها. وإنما الشأن فيها إلى السلطة القومية المركزية التي تملك من خلال المعاهدة الدولية تنظيم هذه المسائل على الصعيد القومي، ولو كان للسلطة المحلية بعض الحقوق في شأنها.

المطلب السادس

المعاهدة الدولية والتفويض البرلماني

٤٩٥- لا يعتبر مخالفا للدستور، خروج المعاهدة الدولية على الشروط التي تطلبها السلطة التشريعية لإبرامها. ذلك أن مجاوزة رئيس الجمهورية لحدود تفويض صدر عنها للدخول في المعاهدة الدولية، لا يدل بالضرورة على إهداره نصوص الدستور، ويؤكد فقط مجاوزة المعاهدة لشروط يفترض أن تكون إطارا لها، وم دخلا لتنفيذ الحقوق التي كفلتها.

ولا كذلك أن تدخل المعاهدة التي دخل فيها رئيس الجمهورية بحقوق الأفراد أو حرياتهم الأساسية التي يكفلها الدستور أو وثائق إعلان الحقوق، ولو كان موضوع المعاهدة من طبيعة دولية تخص أسرة الدول، وتدخل في اهتماماتها International Concern.

وإن صح القول بأن الطبيعة الدولية لموضوع المعاهدة تعبير مرن، وأن المعاهدة الدولية في طورها الراهن تتناول مسائل تتنوع مجالاتها بطوار، ويزداد اتساعها يوما بعد يوم، ولم تكن أسرة الدول تعطيها من قبل قدرا كبيرا من الاهتمام، كالاتجار غير المشروع بالعالم المهاجرين، واستغلال الممننين والبلغايا وعمل الأطفال، وحظر كافة أشكال نظام العمل المسخر، وصور التمييز ضد المرأة، وفرض الزوج قسرا، والرق في صورته التقليدية، وكذلك في أشكاله الجديدة التي تتمثل في التحريض على دعارة المرأة والتعامل في الأطفال، ولرتهان شخص وفاء

الدين. وكذلك تعويض ضحايا إساءة استعمال السلطة وحماية كافة الأشخاص الذين يتعرضون بصفة مؤقتة للاحتجاز أو تغير ذلك من صور تقييد الحرية الشخصية المجافية لشرط الوسائل القانونية السليمة، كالإبداع غير المشروع في السجون.

المطلب السابع

المعاهدة الدولية ونظرية الأعمال السياسية

٤٩٦- الأصل في المعاهدة الدولية أن تتقيد بالشروط الشكلية والموضوعية التي تطلبها الدستور فيها.

٤٩٧- وقد تتضمن المعاهدة الدولية أحكاماً تخرج بطبيعتها من مجال الرقابة القضائية على الدستورية. ويندرج تحتها ما إذا كان ثمة إخلال بالمعاهدة قد صدر عن دولة متعاقدة؛ وما إذا كان الدخول في المعاهدة يرتبط بأوضاع لم يعد لها من وجود بالنظر إلى ما طرأ من تغيير جوهري على ظروفها Fundamental Change in Circumstances؛ وما إذا كان ثمة إجراء أو إعلان قد صدر عن دولة متعاقدة، يخول السلطة الوطنية حق الرد عليها بإجراء مقابل، سواء بالامتناع عن تنفيذ المعاهدة، أو بوقفها، أو باتخاذ إجراء على خلافها^(١).

وليس لقضاء الشرعية الدستورية كذلك من شأن بقرار التحفظ على المعاهدة؛ ولا بقرار سحب؛ ولا بالشروط التي تتفق عليها دولتان متعاهدتان لتطبيق معاهدة دولية بصفة مؤقتة، سواء في كامل أجزائها أو بعضها؛ ولا بنصوص المعاهدة التي تكفل للدول الأغيرات عنها، حقوقاً تمنحها لها؛ ولا بتعديل معاهدة قائمة؛ ولا بقرار الدول المتعاقدة فصل بعض أجزاء المعاهدة عن بعض؛ ولا بقرار إحداها أو بعضها إلغاء المعاهدة أو وقفها أو التخلي عنها، أو انسحابها منها. ذلك أن كل قرار من هذا القبيل يدخل في الولاية المنفردة للسلطة التنفيذية، ولو كان قبول السلطة التشريعية للمعاهدة، مشروطاً للتقيد بأحكامها.

٤٩٨- ويظل لقضاء الشرعية الدستورية الولاية الكاملة للتحقق من استيفاء المعاهدة للشروط الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كالتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. وهو

(١) Taylor v. Morton, 23 Fed Case. 784 (No. 13, 799) 1855; See also Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979).

ما تنص عليه المادة ١٥١ من دستور مصر. ولئن خلا هذا الدستور من بيان حكم الانضمام إلى المعاهدة؛ إلا أن لهذا الانضمام الآثار ذاتها التي يربتها للتصديق. كلاهما يخلق علي المعاهدة قوة القانون وينقلها إلى القانون الداخلي بعد نشرها في الجريدة الرسمية، وذلك عملاً بنص المادة ١٥١ المشار إليها.

ومن ثم تتجرد المعاهدة من قوة القانون، ولا تنفذ في المطلق للدخلي إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو كان قد صدق عليها، ولكنها لم تنشر.

ذلك إن نشر أحكامها في الجريدة الرسمية يعتبر شرطاً جوهرياً لافتراض العلم بها، وإمكان تطبيق المحاكم الوطنية لها، وفرضها علي المواطنين بها.

ويعتبر التصديق علي المعاهدة، وكذلك الانضمام إليها تعبيراً من الدولة المتعاقدة عن إرادة التقيد بالمعاهدة، ولكنهما يختلفان في أن التصديق علي المعاهدة يفترض تفاوض الدول -التي تتبادل وثائق التصديق فيما بينها- علي أحكام المعاهدة^(١) ولا كذلك الانضمام إليهما Accession إذ يصدر عن جهة في السلطة التنفيذية منحها الدستور هذا الاختصاص في شأن معاهدة لم تتفاوض عليها؛ ولم توقعها.

ومن ثم كان الانضمام إلى المعاهدة قبولاً من هذه الجهة للدعوة المفتوحة الموجهة إليها من الدول أطرافها للتقيد بأحكامها، وفق شروط هذه الدعوة ومتطلباتها التي تعيها الدول الأصلية في المعاهدة^(٢). وهي الدول التي أبرمتها ابتداءً وإن كان خضوع المعاهدة للشروط الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها، شرطاً لسلامتها دستورياً.

كذلك يفرض قضاء الشرعية الدستورية رقابتهم في شأن مضمون النصوص التي حوتها المعاهدة للتحقق من موافقتها للدستور في محتواه.

(١) الأصل في القانون الخاص هو أن تحمل إرادة النقيب محل إرادة الأصل متى التزم النقيب بتعليمات الأصل. وكل من المفترض في القانون الدولي -فيما لو أخذنا بالقاعدة السابقة- أن تعتبر المعاهدة نافذة في حق الدولة إذا أبرمتها من كان يتفاوض باسمها عليها، في حدود توجيهاها. ولكن المعمول به الآن في محيط الأسرة الدولية، هو أن التصديق اللازم علي التفاوض، يعتبر إجراء ضرورياً لنفاذ المعاهدة.

(٢) Lord McNair, The Law of Treaties, Oxford, 1961, pp.129-157.

ومن ثم يعتبر مخالفا للدمستور، إنكار هذه النصوص للحق في التناضي، أو لحق غير المواطنين في اقتضاء الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة التي اكتسبها هؤلاء وفق النظم القائمة؛ أو لحق المواطنين في المعاملة المتكافئة أمام القانون؛ أو للحق في بيئة خالية من ملوثاتها.

المطلب الثامن

إنهاء المعاهدة

٤٩٩- الأصل أن يكون إنهاء المعاهدة باتفاق أطرافها، أو نتيجة إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالتزاماتها، أو بناء على إخطار تصح به إحدى الدول المتعاقدة عن رغبتها في إنهاء العمل بالمعاهدة بعد فترة زمنية من اتصال هذا الإخطار بها.

وحتى في الأحوال التي يكون فيها إقرار المعاهدة الدولية، مقتضيا تخطلا من السلطة التشريعية، فإن رئيس الجمهورية كثيرا ما يستقل بإتهائها بعد الدخول فيها، مستندا في ذلك إلى مسؤوليته المباشرة عن إدارة الشؤون الخارجية للدولة على ضوء ما يتلقاه من معلومات من مصادره الموثوق بها، فلا يتخذ قرارا بالدخول في المعاهدة أو بإلغائها إلا بعد تقييم الأوضاع التي تحيط بها. وعلى السلطة التشريعية بالتالي أن تقدم لرئيس الجمهورية كل دعم يقتضيه إلغاء المعاهدة ثم إبرامها وفقا للدستور، وذلك لضمان وحدة توجه الدولة في مسائل لها خطرها، ويتعين أن يكون صوتها فيها ولحدا.

وقد يقال بأن تعليق إقرار المعاهدة على موافقة السلطة التشريعية، مؤداه أن يكون تخطيها مطلوبا كذلك لإنهاء العمل بها، ولو كان رئيس الجمهورية في مركز أفضل منها في مجال تقييم الآثار المترتبة على إلغائها، خاصة إذا كان المعاهدة قوة القانون، مما يجعل حق إلغائها عملا تشريعيا.

إلا أن التجربة العملية تكل على أن السلطة التشريعية كلما تصدر قانونا تلغي به معاهدة نافذة، غير أنها أحيانا تتخذ موقفا من معاهدة قائمة بما يوفر لرئيس الجمهورية إطارا ملائما للتدخل لإنهاء المعاهدة^(١).

(١) اتخذ الكونجرس الأمريكي قرارا مشتركا حول رئيس الجمهورية بمقتضاه سوفي حدود سلطته التقديرية- بأن يخطر الحكومة البريطانية بإلغاء الحكومة الأمريكية لاتفاقية ١٨٢٧/٨/٦ المتعلقة بالاحتلال المشترك لسانتين الدولتين لإقليم أوريجون Oregon.

وقد تفوض السلطة التشريعية رئيس الجمهورية في أن يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها، فلا يكون موقفها من المعاهدة غير إذن بالتخلي عنها بدءاً من الفترة التي حددها هذا الإخطار لانقضائها. وقد ينزع رئيس الجمهورية في دستورية تفويض صدر عن السلطة التشريعية تكلفه به للتوصل من معاهدة قائمة^(١). وقد يلغى رئيس الجمهورية معاهدة قائمة بغير الرجوع إلى السلطة التشريعية أو إلى مجلس شيوخها^(٢).

ولرئيس الجمهورية أن يقرر كذلك ما إذا كانت المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولاً بها. ذلك أن مجرد إخلال دولة متعاقدة، بالتزاماتها الناشئة عن المعاهدة، لا يلزم غيرها من الدول المتعاقدة بالتحريز منها، بل لها أن تبقى نافذة في مواجهتها^(٣).

وسواء كان إنهاء المعاهدة عملاً يستلزم به رئيس الجمهورية، أو يصدر في إطار تفويض بين رئيس الجمهورية والسلطة التشريعية، أو تفرد به هذه السلطة - هو أمر دائر - فإن إنهاء المعاهدة يظل من الأعمال السياسية التي تخرج بطبيعتها عن الرقابة القضائية.

وهذه القاعدة ذاتها هي التي يتعين تطبيقها إذا قرر رئيس الجمهورية أن المعاهدة التي ارتبط بها لا تزال معمولاً بها، رغم إخلال إحدى الدول المتعاقدة بأحكامها أو بتصلها منها. وليس لجهة الرقابة على الدستورية أن تنازع رئيس الجمهورية في تقديره، ولا أن تفرض عليه تصورها للطريقة التي ينبغي أن يدير بها السياسة الخارجية من خلال المعاهدة الدولية التي تعتبر العنصر الحاسم في تقرير أبعادها وتطويع ملامحها. ذلك أن قرار رئيس الجمهورية في ذلك يكون نهائياً فلا يعاق. وعلى جهة الرقابة على الدستورية أن تتقيد به، وألا تحدد بعمل أو إجراء يعطل إنفاذ السياسة الخارجية، أو يرهقها.

(١) كان الرئيس الأمريكي لينكولن أول رئيس أمريكي يخطر الدول المتعاقدة بإنهاء معاهدة دخل فيها معها، بغير أن يحصل على ترخيص بذلك من الكونجرس الذي صدق بعد ذلك على قراره.

(٢) ألغى الرئيس الأمريكي كارتر المعاهدة المبرمة بين الولايات المتحدة وتايوان بقرار منفرد منه. وقد أثار ذلك مناقشات مطولة داخل مجلس الشيوخ. إلا أن هذا المجلس لم يقترح ضد الإنهاء المنفرد لهذه المعاهدة حتى لا يدخل في نزاع مع رئيس الجمهورية.

(٣) Charlton v. Kelly, 229, U.S. 447 (1913) at 473- 476.

وليس لولاية في تنظيم فيدرالي أن تعيد تشكيل هذه السياسة لتوافق مناهجها في تصريفها، وإلا كان ذلك اعتداء منها على السلطة المركزية التي تستقل بتقديرها وتقييمها ومراجعتها غير مقيدة في ذلك لا بمساطر الولايات الأعضاء في الاتحاد، ولا بتشريعاتها، ولا بأحكامها القضائية.

٥٠٠- ومن صور إنهاء المعاهدة، أن تنظم الدول أطرافها موضوعها من جديد بمعاهدة لاحقة، وذلك إذا بدا من المعاهدة اللاحقة، أو من دليل آخر، على توافق الدول أطرافها على أن تحل المعاهدة الجديدة محل القديمة، أو قام التعارض للظاهر بين نصوص المعاهدتين بحيث يستحيل توفيقهما معا^(١). ولا يخل إنهاء دولة متعاقدة لمعاهدة ترتبط بها ولا تخليها عنها أو انصافها بها منها أو وقفها لها، بواجبها في إيفاء التزاماتها المنصوص عليها في المعاهدة، إذا كان عليها الامتنال لها نزولاً على القواعد التي ألزمها للقانون الدولي بالخضوع لها استقلالاً عن المعاهدة^(٢).

٥٠١- ويفترض إلغاء المعاهدة. نشوئها صحيحة وفقاً لقواعد القانون الدولي. ولا كذلك أن يكون إيرامها باطلاً أصلاً نتيجة تهديد باستعمال القوة أو استخدامها فعلاً بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة، وكذلك إذا كان قبول إحدى الدول للمعاهدة قد نجم عن خطأ في واقعة، أو في مركز كان يفترض أن يتحقق وقت إيرامها، إذا كان هذا الخطأ عنصراً جوهرياً في قبولها بالتقيد بأحكامها. وكما تبطل المعاهدة بالخطأ على النحو المتقدم، يبطلها كذلك كل غش أو تحايل أو إرشاء لممثل الدولة المتعاقدة بما يؤثر في إرادتها، ويحملها على القبول بالمعاهدة.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن إلغاء المعاهدة يعتبر عملاً إراليا وتصرفاً قانونياً يصدر بالإرادة المنفردة. ولا كذلك أن تظهر أثناء سريان المعاهدة، قاعدة جديدة من قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على خالفها، *A new peremptory norm of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character* إذ يعتبر ظهور هذه القاعدة، منسباً للمعاهدة بقدر تعارضها مع أحكامها.

(١) انظر في ذلك المادة (٥٩) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. هذا وتتمس الفقرة الأولى من المادة (٦٠) من هذه الاتفاقية، على أن إخلال طرف في معاهدة ثنائية إخلالاً مادياً *A material breach* بمعاهدة ثنائية، يخول الطرف الآخر إنهاءها، أو وقف العمل بها بصورة كلية أو جزئية.

(٢) انظر في ذلك المادة ٤٣ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

المطلب التاسع

المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية

٥٠٢- قد تكون للمسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية قليلة أهميتها كذلك التي تتعلق بتنظيم التجارة بين الدول بشرط التبادل، أو التي تتعلق بالخدمة البريدية فيما بينها، أو بإجراء تعديل بسيط في الحدود الإقليمية، أو بتنظيم الحماية التي تكفلها الدول للمعاهدة فيما بينها في شأن يتعلق بعلماتها التجارية أو بحقوق مؤلفيها.

وقد نرقى للمسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية إلى حد النظر إليها كت تنظيم جماعي يضم دولا عديدة، بما يشرع لها على نحو يعدل القواعد العرفية المعمول بها فيما بينها أو يبدلها بقواعد جديدة تنقضها، لتظهر المعاهدة الدولية في النهاية بوصفها تقدينا شاملا يحيط بالمسائل التي تتناولها ويفصل أحكامها، ويطور في مجالها من القواعد التي تقوم عليه أسرة الدول Law - making Treaty Provisions. ومن ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي تنظم استغلال مصادر الثروة في قيعانها وقيعان المحيط، الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية.

ويظل محظورا على الدول الأعضاء في الأسرة الدولية أن تنظم مسائل يعينها تمنعها من الدخول فيها قواعد القانون الدولي التي لا يجوز الاتفاق على خلافها Jus Cogens ومن ذلك ما نص عليه هذا القانون من حظر استعمال القوة أو التهديد باستخدامها بالمخالفة لميثاق الأمم المتحدة، ومن حظر الاتفاق من خلال معاهدة دولية على إتيان بعض الجرائم كجرائم الحرب وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية، كجريمة الرق، وتطهير الناس عرقيا وإبانتهم بصورة جماعية؛ ومسح أديمتهم من خلال المخرة؛ وتضييهم بالنظر إلى آرائهم أو معتقداتهم؛ وإخفائهم عن ذويهم وحملهم على تجربة طبية أو علمية بغير رضائهم؛ وقهر وإبانتهم لإكراهم على الإقرار بجريمة.

٥٠٣- ولما كان نطاق المسائل التي تتناولها المعاهدة، فإن نفاذا موداه أن تنقيد الدول أطرافها بأحكامها Pacta sunt servenda وأن تعمل على تطبيقها في إطار من حسن النية^(١)، وبإثر مباشر. فلا تحكم المعاهدة لأفعالا سابقة عليها، ولا مراكز زال وجودها قبل سريانها ما لم تنص المعاهدة على غير ذلك.

(١) للمدلتن ٢٦ و ٢٧ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

المطلب العاشر

الاتفاقيات الدولية وشروط تطبيقها

في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها

٥٠٤- تنظم الدول من خلال معاهداتها الدولية، كثيرا من الشؤون التي تعنيها وتتصل بمصالحها. ويعتبر التفاوض على المعاهدة، العملية الأكثر تعقيدا في مجال تكوينها.

بيد أن المعاهدة لا تصل إلى غايتها بمجرد التفاوض على أحكامها، ثم إبرامها فيما بين الدول أطرافها. وإنما تنفذ المعاهدة على الصعيد الدولي بشرط التصديق عليها من قبل الدول التي أبرمتها، فإن لم تكن قد وقعت، فإن المعاهدة لا تنفذ قبلها بغير الانضمام إليها.

وإذا لا تصدق الدولة على معاهدة أبرمتها، أو تترأخى فيه مدة من الزمن تطول أو تقصر، فلا تعقدها المعاهدة حتى في النطاق الدولي. ذلك أن التصديق على المعاهدة هو الإجراء الذي تدخل به أحكامها مرحلة التنفيذ. وعولها عن التصديق عليها أو أرجاؤه، مرده إلى مصالحها التي تزنها بالقياس على ضوء أثر المعاهدة عليها، فإذا استقر أمرها على التصديق، وتم التصديق فعلا، فإن المعاهدة تنتقل بصفة تلقائية إلى المجال الداخلي في الدول التي تنص دساتيرها على أن مجرد التصديق على المعاهدة ونشرها في الجريدة الرسمية، يدمجها في القوانين الوطنية ويجعلها جزءا منها.

وليس ثمة حاجز بالتالي في هذه الدول بين مريان المعاهدة على الصعيد الدولي، والتفديدها في النطاق الداخلي. وتلك هي وحدة الصلة بين هذين النظامين Monisme. وهي وحدة مقتضاها أن تنفيذ المعاهدة في النطاق الداخلي لا يشترط فيه أن يصدر بعد التصديق عليها قانون خاص يدمجها في الأنظمة الوطنية ويلحقها بها. ذلك أن صدور هذا القانون لا يشترط في غير الدول التي تفصل بين مريان المعاهدة في النطاق الدولي، وتطبيقها في النطاق الداخلي بقانون Dualisme وتجعل هذا التطبيق موقوفا على صدور ذلك القانون. وهو ما يحمل في ثناياه كثيرا من المخاطر. ذلك أن المعاهدات الدولية وإن كانت أصلا تنظم علاقات الدول فيما بينها، إلا أن التطور الراهن في مجال القانون الدولي، جعل من المعاهدات الدولية أداة للتنظيم المتطور لتواعد القانون الدولي في مجال حقوق الإنسان، ليس فقط من خلال بيان هذه الحقوق ورصدها، وإنما

كذلك عن طريق العمل على ضماناتها فيما بين الدول المتعاقدة وفق آلية تحددها المعاهدة تكفل فعالية تنفيذها^(١). فلا يكون اقتضاء الأفراد لحقوقهم التي بينتها المعاهدة رهن إرادة دولهم.

ذلك أن المعاهدة التي تنظم حقوقهم وحررياتهم لا تعاملهم بوصفهم مواطنين ينتمون إلى الدول المتعاقدة. وإنما بالنظر إلى كونهم بشرًا، وينبغي أن يعاملوا على هذا النحو، فلا تكون حقوقهم قبل هذه الدول حقوقًا هامة، بل حقوقًا نافذة تنبض الحياة فيها. وليس للدولة المتعاقدة بالتالي أن تمنعها أو تمنحها وفق مشيئتها، ولا أن تنتزع بحقوق السيادة التي تملكها حتى تتخلص من معاهدة قبلتها، ولا أن تجعل من إخلال إحدى الدول المتعاقدة بالحقوق التي كفلتها المعاهدة للأفراد، سببًا لتصلها هي منها. ذلك أن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها لمجرد أن بلدا آخر لا يعطيها ما تستحقها من الاهتمام، أو لا يكتفلها بصورة ملائمة، أو يعمل على نقضها^(٢) أو يرهق الحصول عليها بوسائل مختلفة؛ أهمها القواعد الإجرائية المعقدة التي يحيطها بها. خاصة وأن المفاهيم التقليدية للسيادة الإقليمية، يقدها اليوم ما هو ملحوظ من تداخل مصالح الدول لا تصادمها، وتعاونها من خلال التفاوض لحل منازعاتها.

وإذا كانت المعاهدة هي الوسيلة المثلى التي تنظم الدول بها الإطار الملائم لعلاقتها المتبادلة، فإن تنفيذها بحسن نية يكون واجبًا. ولا يتحقق ذلك في النطاق الداخلي بغیر إعمال المعاهدة كجزء من القوانين الوطنية، فور التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. وهو ما نراه الحل الأفضل للعلاقة بين القانونين الدولي والداخلي. إذ لا يجوز القول بمنطقتين لنفاذ المعاهدة إحداها على صعيد العلاقات فيما بين الدول بعضها البعض؛ وأخرها على صعيد العلاقات فيما بين الدولة المتعاقدة ومواطنيها. ذلك أن هذا الفصل غير متصور كلما كان الأفراد معنيين أصلاً بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم وحوالتهم حق الانتفاع بها. إذ لو قيل بأن لكل دولة متعاقدة أن تنسر المعاهدة بالطريقة التي تراها، وأن تعطيها المعاني التي توافق مصالحها الضيقة،

(١) ومن أسف أن هذه الآلية لا تصل أبعداها إلى حد إلزام الدول المتعاقدة بأن تعمل على صون حقوق الإنسان التي كفلتها المعاهدة. ولكنها -عن طريق اللجان التي تنشئها لمرافقة تطبيق هذه الحقوق- تقدم توصياتها إلى الدول المتعاقدة التي تخل بها، أو تبأثر في أحسن الفروض ضغوطها عليها لتتصين وضعية حقوق الإنسان بها.

(٢) تأخذ بعض الدول كالسيفال وفرنسا، الأولى بمقتضى المادة ٩٨ من دستورهما الصادر في ٢٢ يناير ٢٠١١ والثانية بمقتضى المادة ٥٥ من دستورهما، مبدأ نفاذ المعاهدة في الداخل بشرط تنفيذها من قبل الدولة الأخرى للطرف فيها.

وأن تقرر بنفسها شروط مبرين المعاهدة في إقليمها، لصلو انتفاع الأفراد بالحقوق التي كفلتها المعاهدة لهم معلقا على إرادتها، تبسط هذه الحقوق أو تنقيضها وفق ظروفها الخاصة. فلا تتوافر السلطة القضائية -وكما ظل تنفيذ المعاهدة مترخيا على الصعيد الداخلي- المرجعية القانونية التي تعتمد عليها في إيصال الحقوق لأصحابها.

فإذا أضير الأفراد في الدول المتعاقدة من عدوان هذه الدول على تلك الحقوق، أعوزتهم الوسائل القانونية التي يردون بها هذا العدوان، فلا يحصلون على الترضية القضائية Judicial relief اللازمة لجبره. بما موداه أن الوسائل القضائية وحدها هي التي تكفل قانونا فعالية تنفيذ المعاهدة. ذلك أن المحاكم هي التي تعطيها تفسيرا يوفق موضوعها وأهدافها، ويستخلص معانيها من دلالة ألفاظها في سياقها، وبما لا يخل بحسن النية في مجال تطبيق المعاهدة.

وكان منطقيا بالتالي أن تحرص الموائيق الدولية على حفز الدول أطرافها على اتخاذ كافة التدابير الملائمة التي تدخل بها هذه الموائيق حيز التنفيذ في كافة الأقاليم المشمولة بولايتها. ومن ذلك نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية الدولية التي تكفل حماية الأفراد من كافة الأعمال المفضية إلي تضييقهم أو معاملتهم بطريقة مهينة أو قاسية أو مجردة من الخصائص الإنسانية. ذلك أن هذه الفقرة تدعو الدول المعبرة أطرافا في هذه الاتفاقية إلى أن تعمل من خلال كافة التدابير -تشريعية وإدارية وقضائية- على تحقيق الأغراض التي تستهدفها المعاهدة في إقليمها. وعلا بالفقرة الأولى من المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، تعهد كل من الدول المعبرة طرفا في هذا العهد، بأن تتخذ من جانبها -سواء من خلال جهودها الذاتية أو عن طريق تعاون دولي، وفي حدود أقصى الموارد المتاحة لها- كافة التدابير التي تكفل بصورة مطردة، المباشرة الكاملة لهذه الحقوق بما في ذلك -وعلى الأخص- التدابير التشريعية.

وظاهر من هذه النصوص وما شابهها أنها تحرص على نقل المعاهدة الدولية من النطاق الدولي إلى النطاق الداخلي، وذلك بإلزامها الدول المتعاقدة بأن تعمل في حدود أقصى قدراتها، على اتخاذ كافة التدابير المحققة لهذا الغرض، بما في ذلك ما يكون منها من طبيعة تشريعية. والتركيز على الطبيعة التشريعية لهذه التدابير موجه بالضرورة إلى الدول التي تنطق بنفاذ المعاهدة في القانون الداخلي على صدور قانون خاص يدمجها في نظمها الوطنية ويجعلها جزءا من تشريعاتها الداخلية.

٥٠٥- ويتعين أن يلاحظ في هذا الشأن أمران: أولهما: أن نفاذ المعاهدة في القانون الداخلي، يكفل وحدة ضوابط تطبيقها بما يتفق وموضوع المعاهدة في سياق ألفاظها، وبمراعاة الغرض المقصود منها. ثانيهما: أن الطبيعة الأممية لحقوق الإنسان تقتضي حماية دولية لها. ولئن توتيت هذه الحماية ثمارها بغير تدخل الدول لضمان تنفيذ هذه الحقوق من خلال كافلة الوسائل الداخلية التي تملكها، ذلك أن الحقوق التي لا نفاذ لها لا قيمة لها^(١) وإلما تكمن قيمة الحقوق فسي طبيعتها، وفي دورها، وفي الأغراض التي تعمل على تحقيقها.

ولا يجوز بالتالي للدول الأعضاء في الأسرة الدولية، أن تعطيلها مفاهيم تزيد بها من دائرة نفوذها، لتمنحها مركزا قضائيا تطلو به على مواطنيها. وإذا كانت الموثيق الدولية لحقوق الإنسان، توفر قواعد إجرائية غير قضائية لضمانها؛ إلا أن الحماية الأفضل لهذه الحقوق، هي التي تقدمها السلطة القضائية. ذلك أن أحكامها تتمتع بخاصية التنفيذ جبرا على من يجنون قوتها. وتأتي المحكمة الدستورية العليا في مصر على قمة نظمها للقضائية التي توفر لحقوق الأفراد وحرياتهم، أكثر ضماناتها حصا وقوة. ذلك أن هذه المحكمة تميز في نطاق المعاهدة الدولية بين أمرين:

أولهما: مسائل تتعلق بالمعاهدة ولا يجوز الفصل قضائيا فيها، كذلك التي تنطوق بالتفاوض عليها وإبرامها والتصديق عليها والانضمام لها وإلغائها، على تقدير أن هذه المسائل جميعها تعتبر من المسائل السياسية لسلتها المباشرة بالكيفية التي تدير بها السلطة التنفيذية علاقتها الخارجية.

وهي علائق احتجز الدستور لها الحق في تنظيمها. بل إنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الدخول في المعاهدة مطلقا على موافقة السلطة التشريعية؛ فإن إلغائها لا يكون كذلك. وكثيرا ما توفر السلطة التشريعية بنفسها للسلطة التنفيذية الإطار الملائم لإلغاء معاهدة قائمة.

ثانيهما: مسائل تتعلق بكافة الحقوق التي تولدها المعاهدة لأطرافها وللمواطنين من خلال دولهم - وهذه تخضعها للمحكمة الدستورية العليا لراقبتها للتحقق من تطابق المعاهدة والدستور في كافة أحكامها. وتباشر المحكمة رقابتها هذه من خلال التحقق أولا من استيفاء المعاهدة للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، كذلك المتعلقة بإبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. ذلك أن المعاهدة لا تتمتع بقوة القانون بغير استيفاء هذه الشروط الشكلية جميعها، وهو ما تنص عليه المادة ١٥١ من الدستور.

(١) قديما قال الخليفة العادل عمر بن الخطاب "لا تكلم بحق لا نفاذ له".

ولا يجوز بالتالي تطبيق معاهدة في النطاق الدلخلي لجمهورية مصر العربية إذا لم يصدق عليها رئيس الجمهورية، أو صدق عليها، ولكنها لم تنشر بكافة تفاصيلها حتى يلم بها القاضي ويتولى تفسيرها وفق اجتهاده وفي حدود فهمه لها، غير مقيد فسي ذلك بوجهه نظر وزارة الخارجية في شأن دلالتها، وإن جاز أن يستأنس برأيها ويؤايله ما يستحق من الاعتبار. وتتمثل المعاهدة الدستورية للأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور فيها، هي أداة تقرير الحقوق التي أنشأتها.

٥٠٦- وهذه الحقوق هي التي تفصل المحكمة الدستورية العليا في اتفاقها أو مخالفتها للدستور، مستحينة في ذلك بعدد من الضوابط أهمها:

١. أن حقوق الأفراد التي كفلتها المعاهدة لهم بوصفهم بشرًا، إما أن يكون الدستور قد نص عليها؛ وإما أن يكون للدستور قد خلا من تنظيمها.

أ- فإذا كان لحقوقهم في المعاهدة ما يقابلها من الحقوق المنصوص عليها في الدستور -كتنظيم المعاهدة والدستور معاً لحرية التعبير مثلاً- تعين الفصل في دستورية الحقوق المنصوص عليها في المعاهدة وفق معايير تطبيقها في الدول الديمقراطية الأكثر تقدماً.

فإذا كانت مستوياتها في المعاهدة أقل، أو كانت القيود عليها في المعاهدة أكبر من تلك التي تأخذ بها هذه الدول وتطبقها في العمل فيما بينها، وتتخذها قاعدة لسلوكها؛ تعين إبطال المعاهدة.

ب- أما إذا كانت حقوق الأفراد الإسلامية المنصوص عليها في المعاهدة، لا مقابل لها في الدستور. تعين أن تعمل المحكمة الدستورية على إيجاد صلة بين الحقوق المقررة بالمعاهدة وتلك المنصوص عليها بالدستور. ويقع ذلك بوسيلتين:

أولاهما: أن ترد المحكمة فروع المسائل المنصوص عليها في المعاهدة إلى أصلها المقرر بالدستور، ثم تنقيحها على هذا الأصل فصلاً في دستورها.

فإذا كانت المعاهدة مثلاً تحظر إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بغير رضاه، أو تمنع تعذيبه، أو ناهية عن حمله بالإكراه على الإقرار بجريمة؛ فإن أحكام المعاهدة في هذا الشأن تنفرع جميعها عن الحق في الحياة. فإذا كان الحق في الحياة مكفولاً بنص الدستور، ولا مقابل

لهذه الفروع فيه، تحين تفسيرها وحملها على أصل الحق في الحياة، فلا يكون لتلك الفروع غير معانيها المنسوبة إلى هذا الأصل.

ثانيهما: وعلى نقض الفرض المابق، فإن المعاهدة، قد لا تحيط بفروع المسائل التي فصلها الدستور، ولكنها تتناول أصل الحق فيها، كأن تكفل المعاهدة للمخاطبين بها، الحق في حماية خواص حياتهم حتى لا ينتهكها أحد.

فإذا كان الدستور ينظم هذه الفروع، ولا يعرض لأصل الحق فيها، كما لو كفل الدستور فقط حرمة الرسائل البريدية والبرقية والهاتفية، أو منع تفتيش الأشخاص أو امتعتهم أو أماكن أقامتهم بخير إذن فضلى؛ وجميعها فروع لأصل الحق في الحياة الخاصة الذي لم يعرض له الدستور^(١)؛ فإن فروع المسائل المنصوص عليها في الدستور، ترد إلى أصولها في الموائيق الدولية، وإلى صور تطبيق هذه الأصول في الدول للديموقراطية الأكثر تقدماً، لتتحدد على ضوء مذهبها في العمل، والضوابط التي لترتبتها في سلوكها؛ دستورية أحكام المعاهدة.

٢. يبقى بعد هذا فرض آخر، هو أن يعتد ربط حقوق الأفراد المنصوص عليها في المعاهدة -سواء في أصولها أو فروعها- بالحقوق المنصوص عليها في الدستور، كما لو كانت المعاهدة تعطي المرأة الحق الكامل في إجهاض نفسها خلال فترة حملها، ولما كان زمن الحمل، بل ولو لم تكن حماية صحتها تقتضيه.

وفي هذه الحالة تتحدد دستورية النص الوارد في المعاهدة، على ضوء مبدأ خضوع الدولة للقانون.

ويفترض هذا المبدأ خضوع الدولة بكافة تنظيماتها لقاعدة قانونية تسمو عليها وتقيد بها، لا لأنها هي التي صنعتها، وإنما لأن القيم العليا تقتضيها، حتى لا تكون السلطة امتيازاً لأحد يباشرها بالطريقة التي يراها، ويمرعاة أن مبدأ خضوع الدولة للقانون، مبدأ شديد الاتساع، يلزمها بأن تعمل وفق ما يراه الناس في مجموعهم حقاً وعدلاً. فلا يكون العقل الجمعي غير إطار لتحديد مفهوم مبدأ الخضوع للقانون.

(١) كذلك قد لا ينص الدستور على ضمان حرية التعبير التي كفلتها المعاهدة. وإنما يقتضى بحظر مصادرة الصحف والرسائل على اختلافتها ومنع مصادرتها بالطريق الإداري فإن هذا الحظر والمنع يكونان من فروع حرية التعبير التي خلا الدستور من النص عليها ولكن المعاهدة كفلتها.

المبحث الثالث

ضوابط دستورية المعاهدة الدولية في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٥٠٧- وقضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على تطبيق المفاهيم الآتية في شأن الفصل في دستورية المعاهدة.

أولاً: أن حق التقاضي مكفول لكل فرد وطنياً كان أم أجنبياً، وهو حق لا يقتصر على النفاذ إلى محكمة أيا كان تشكيلها أو ضياعاتها، وإنما إلى محكمة تكون هي القاضي الطبيعي للنزاع المعروض عليها.

ثانياً: أن الحقوق التي اكتسبها غير المواطنين في الدولة -على ضوء نظمها- يجوز لهم حمايتها بكافة الوسائل التي أتاحتها الدستور للمواطنين، وأمرها النفاذ إلى محكمة مستقلة محايدة ينشئها القانون، وأن تكون القواعد الموضوعية والإجرائية المعمول بها أمامها، كافية لضمان محاكمة منصفة في كافة المراحل التي يستغرقها الفصل في النزاع.

ثالثاً: لا يجوز تجزئة أحكام المعاهدة بما يفصل بعض أحكامها عن بعض، ويخل بتكاملها، إلا بشرطين:

أولهما: ألا تتضمن المعاهدة من النصوص ما يدل على أن الدول المتعاقدة، قصدت إلى تطبيق المعاهدة في كامل أحكامها بوصفها كلاً غير منقسم.

ثانيهما: إذا لم يكن تطبيق الأجزاء المتبقية من المعاهدة -بعد فصل بعض أجزائها عنها إذا قام الدليل على جواز هذا الفصل- مجافياً للعدالة.

رابعاً: أن الفصل في دستورية المعاهدة لا يجوز أن يستبعد بصفة مطلقة، كافة العوامل السياسية التي تحيط بها. ذلك أن هذه العوامل تؤثر في الحقائق المباشرة وغير المباشرة فيما بين الدول بعضها البعض. ويتعين أن توليها المحكمة الدستورية العليا اعتبارها، فلا تصد أذانها أو تغض بصرها عنها.

خامساً: أن كل تسوية ودية تكفلها معاهدة دولية للتعويض عن أعمال أنتها دولة متعاقدة في مواجهة مواطني دولة أخرى متعاقدة، يتعين النظر في دستورتها على ضوء عدالتها وإمكان

تنفيذها جبرا. وكلما كان التعويض المقرر بالمعاهدة، عن نزاع ملكيتهم، أو تأميم بعض أموالهم، أو مصادرتها أو فرض الحراسة عليها، غير عادل؛ تعين لبطال المعاهدة في أحكامها المتعلقة بمقدار التعويض الممنوح لهم. ذلك أن المستوى يكفل حرمة الملكية الخاصة، ويمنع نزاعها بخير تعويض عادل، ولا يجوز كذلك تأميم مشروع خاص بخير تعويض لا يكون متحيفا، وإن لم يكن بالضرورة كاملا.

ملامسا: أن انضمام مصر إلى معاهدة دولية قائمة، يأخذ حكم التصديق عليها. ذلك أن التصديق على المعاهدة إجراء يفيد إرادة الدولة التقيد بها. وهو يقترن غالبا بتبادل إيداع وثائق التصديق في الجهة التي عينتها المعاهدة؛ ليقيد هذا الإيداع الدولتين اللتين تبادلتهما في مواجهة بعضهما البعض.

وبذلك يغير التصديق على المعاهدة، الانضمام إليها. ذلك أن الانضمام إلى المعاهدة^(١) إجراء تقبل الدولة بمقتضاه أن تكون طرفا في معاهدة وقعتها فعلا دول أخرى، ولو لم تكن المعاهدة قد دخلت بعد مرحلة التنفيذ. بما مؤداه، أن انضمام مصر إلى معاهدة قائمة، واستكمال هذه المعاهدة لشروط تنفيذها^(٢)، يفيد بها بشرط نشرها في الجريدة الرسمية. شأن المعاهدة التي تصدق مصر عليها، شأن المعاهدة التي تنضم إليها في نقل أحكامها إلى القانون الداخلي بمجرد نشرها في الجريدة الرسمية.

ملامسا: أن قائمة الحقوق المنصوص عليها في الدستور، غير منحصرة في الحقوق التي نص الدستور عليها صراحة La liste close. ولكنها تمتد طولا وعرضا لتتصل بالحقائق القائمة مفتوحة La liste ouverte من خلال اجتهاد المحكمة الدستورية العليا التي تطور من مضامين الحقوق المقررة في الدستور، وتزيد عليها حقوقا أخرى لا نص عليها فيه، كالحق في التنمية. وهي تربط الحقوق الجديدة التي تضيفها إلى الدستور، بالحقوق القائمة فيه حتى لا يقال بأنها انتعبد كتابة الدستور Rewriting the Constiution. ويتحقق هذا الربط من خلال علاقة منطقية تقيمها

(١) انظر في ذلك قضاء المحكمة الدائمة المجلد الدولي في عام ١٩٢٩ في شأن The Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Qder., Ser. A, No. 23, P.20

(٢) تنص هذه الشروط على ألا تدخل المعاهدة مرحلة التنفيذ إلا بعد التوقيع أو التصديق عليها من عدد محدد من الدول تبينه المعاهدة 150 - 148 PP, Oxford 1961, Lord McNair, The Law of Treaties.

بين الحقوق الجديدة والحقوق القديمة. ومن ذلك اجتهداها بأن الحق في التنمية، يرتبط بالحق في الحياة، وبالحق في العمل وفي ضمان الوسائل الملائمة للعيش.

ثامنا: فيما عدا المعاهدات الدولية التي تنص للفترة الثانية من المادة ١٥١ من دستور جمهورية مصر العربية، على وجوب موافقة السلطة التشريعية عليها قبل تبادل وثائق التصديق في شأنها -وهي كل معاهدة يكون موضوعها صلحا، أو تحلفا، أو تبادلا تجاريا، أو شأنها من شئون الملاحة، أو تحديلا في إقليم الدولة، أو تقييدا لحقوق السيادة، أو تحميلا لخزانه الدولة بنفقة غير واردة في الميزانية- فإن نفاذ غيرها من المعاهدات الدولية يتحقق بمجرد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة، على أن يقدم رئيس الجمهورية في شأنها بيانا مناسباً إلى مجلس الشعب، وهو ما يفترض ألا يكون هذا البيان مفصلاً لأحكامها.

وسواء تعلق الأمر بهذا النوع أو ذلك من المعاهدات الدولية، فإن اندماجها في القانون الداخلي يتحقق بمجرد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية مع خضوعها في مجال الرقابة الدستورية عليها للضوابط التي أسلفنا بينها.

ولئن كان الدستور في مصر لم يشر إلى الانضمام إلى المعاهدة كوسيلة للتقيد بأحكامها في المجال الدولي، إلا أن لهذا الانضمام أثر التصديق تماماً بلا زيادة أو نقصان. بما مؤداه أن انضمام مصر إلى معاهدة دولية ونشر أحكامها في الجريدة الرسمية، يمجها في القوانين الداخلية، ويجعلها جزءاً منها لتحل إليها المحاكم في كل نزاع يتعلق بتطبيق هذه المعاهدة.

ثامسا: أن حقوق الإنسان تتخطى الحدود الوطنية. وخاصيتها هذه تجعلها من طبيعة عالمية. فإذا جوتها معاهدة، فإن التراخي في التصديق عليها أو في نشرها، يعتبر موقفا سلبيا من السلطة التنفيذية، وتخلياً عن اتخاذ إجراء كان يجب عليها اتخاذه وفقا للدستور والقانون. بما يعوق حصول الأفراد على الحقوق التي يتلقونها من المعاهدة. وهو ما يثير مسئوليتها الدولية، ويحرك الآلية التي تكفلها المعاهدة لاقتضاء الحقوق المنصوص عليها فيها.

عاشرا: أن الأفراد وإن كانوا لا يستطيعون قضاء إزام السلطة التنفيذية بالتصديق على معاهدة دولية، أو بالانضمام إلى معاهدة قائمة، أو حلها على نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية بعد التصديق عليها أو الانضمام لها؛ إلا أن كل معاهدة تدخل مصر فيها قد تقتضى -حتى بعد

التصديق عليها أو الانضمام لها ثم نشرها في الجريدة الرسمية- تخطا تشريعيا. ويتحقق ذلك في كل معاهدة لا تكون نافذة بذاتها Non Self- executing Treaties.

وتعتبر المعاهدة كذلك إذا كانت تحيل إلى القانون لتنظيم الحقوق المقررة بها. إذ يعتبر تدخل المشرع عندئذ لازما لإعطاء هذه الحقوق فاعليتها. فإن لم يتدخل المشرع على هذا النحو، كان ذلك موقفا سلبيا من المشرع مخالفا للدستور. ذلك أن الرقابة التي تفرضها المحكمة الدستورية العليا على دستورية النصوص القانونية جميعها، لا تقتصر على تلك التي يقرها المشرع، ولكنها تشمل كذلك صور الامتناع عن تنظيم الحقوق بما يكفل فعاليتها، فلا يكون تخلف المشرع عن تنظيم الحقوق التي كفلتها المعاهدة للمواطنين، إلا إغفالا من جهته يناهض الدستور^(١).

(١) Benedetto Conforti and Francesco Francioni, Enforcing International Human Rights in Domestic Courts.

International Studies in Human Rights vol.49, Martinus Nijhoff Publishers (1977).

الفصل السابع والخمسون

حدود سمو الدستور

Les Limites à La Suprematie De La Constitution

٥٠٨- يتميز الدستور بخصائص قد تتكافئ فيما بينها، فهو من ناحية يتنحى ضمان تأسيس السلطة، واستقرار القواعد التي تعمل على ضوئها؛ وهو من ناحية ثانية لا يكفل للقواعد التي تعمل السلطة في نطاقها، ثباتاً يؤيدها. إذ يجيز تعديلها بالشروط المنصوص عليها فيه بما يخل بسيادة الدستور. كذلك فإن سمو الدستور يخل حين تنفد السلطة أساس مشروعيتها، فلا يكون الانقلاب على الدستور، غير ضرورة حتمية. ونعرض لذلك في بحثين على التوالي.

البحث الأول

تعديل الدستور

٥٠٩- يفترض تعديل الدستور إمكان تغيير بعض أحكامه أو تصحيحها سواء من خلال حذفها أو الإضافة إليها أو تعديلها. ويتعين لإجراء هذا التعديل، أن يحدد الدستور بصورة قاطعة الجهة التي اختصاصها بتعديل بعض أحكامه، وكذلك الشروط الإجرائية الخاصة التي يتم التعديل في نطاقها. ويحرصُ الدستور على أن يبين في أن واحد الجهة التي يكلفها بتعديل الدستور، وكذلك حدود ولايتها. ويتم التعديل بوسائل متعددة، ليس من بينها بعض صوره التي تعتبر في حقيقتها تلبساً على الدستور De véritable fraude à la constitution.

وتظهر ضرورة تعديل الدستور من زاويتين قانونية ومياسية، ذلك أن الصائير تصدر عادة في إطار أوضاع سياسية واجتماعية قائمة عند العمل بها.

بيد أن هذه الأوضاع تقبل التطور بطبيعتها، وبالضرورة. إذ لا يتصور استقرارها على حال واحدة لا تبديل فيها. ومن الناحية القانونية فإن الدستور إذا كان مرناً جاز تعديله وفق القواعد ذاتها التي تنولي بها السلطة التشريعية تعديل قوانينها.

وفي هذا الغرض، لا تتحقق السيادة للدستور فوق القانون، إذ هما نظيران في مرتبتيهما. فإذا كان للدستور جامداً، فإن القول بتأييد أحكامه يناقض السيادة الشعبية التي لا يتصور أن تسقط

بنفسها حقها في تعديل الدستور، وإلا كان لجبل من المواطنين أن يقيد بقوانينه أجيالا لاحقة، وهو ما لا يتصور^(١).

علي أن حق الجماهير في تعديل الدستور، لا يعني تمتعها في إجراءاته بحرية كاملة في العمل، ولا إطلاق يدها في التعديل بما يخل بالاستقرار المرجو لعملية تأسيس السلطة وبيان حدود ولايتها.

ذلك أن الجهة التي لخصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، لا تباشر إلا ولاية اشتقتها من السلطة الأصلية التي كان لها فضل إقرار الدستور في الصيغة التي صدر بها أصلا Pouvoir Constitué Originaire. وعليها بالتالي أن تتقيد بالشروط التي فرضتها السلطة الأصلية عليها. وهذه القيود -التي لا تخلو الدساتير في مجموعها منها- من نوعين، وذلك بالنظر إلى تعلقها بزمان وموضوع للتعديل.

المطلب الأول

القيود المتعلقة بزمان ونوع التعديل

٥١٠- تتوخى القيود المتعلقة بزمان تعديل الدستور، تأخير اللحظة التي يتم فيها إجراء التعديل. ذلك أن من غير المتصور أن يتم التعديل قبل أن تتوافر للملطات التي أحدثها الدستور فرص مباشرة المهام التي ألقاها عليها، ولا أن يقع التعديل في كل مناسبة تطرأ فيها أحداث جسام ليا كان قدر حداثها.

وكان منطقيا بالتالي أن تحيط بعض القيود بزمان تعديل الدستور. وهي قيود من نوعين: أولهما: حظر تعديل كافة نصوص الدستور أو بعضها قبل انقضاء فترة زمنية يحددها الدستور.

(١) يأخذ هذه الحقيقة الإعلان الفرنسي للحقوق لعام ١٧٩٣ بقوله: للشعب دائما الحق في أن يعيد النظر في الدستور، وفي أن يغيره، وأن يطوره. ذلك أن جيلا من الناس. لا يجوز أن يقيد بتشريعاته أجيالا لاحقة.

وخطر هذا النوع من القيود يتمثل فما يؤول إليه من تجميد الدستور قبل انقضاء تلك الفترة، ولو قام مموغ بقتضي تعديل الدستور^(١).

ثانيهما: أن تفصل بين اللحظة التي ينعقد فيها العزم على تعديل الدستور، واللحظة التي يتم فيها بالفعل، فترة زمنية طويلة تكون كافية لتكبر أمر التعديل، والنظر فيه من كافة جوانبه.

وتدل الخبرة العملية وحقائق التاريخ، عن أن ما تنص عليه بعض الدساتير من عدم جواز تعديلها قبل فترة زمنية معينة، كان مصانداً لحقائق التطور ومقتضياتها، ولم تفلح مثل هذه النصوص في منع تعديل الدستور قبل انقضاء الفترة التي ضمنتها.

ومن أمثلة النوع الأول من القيود، تلك التي تنص عليها المادة ٥ من الدستور الأمريكي التي تحظر إجراء أي تعديل في الدستور قبل عام ١٨٠٨، إذا كان من شأن هذا التعديل المساس بالبندين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى. كذلك لم يجز الدستور البرتغالي الصادر في ٢ أبريل ١٩٧٦ تعديل أحكامه قبل انقضاء الخمس سنين الأولى على العمل به.

ومثال النوع الثاني من القيود ما تنص عليه المادة ١٨٩ من دستور مصر من أن تتناقش السلطة التشريعية مبدأ تعديل الدستور وتصدر قرارها في شأنه بأغلبية أعضائها. فإذا كان قرارها برفض طلب تعديل الدستور، فلا يجوز إعادة طلب تعديل للمواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. فإذا كان قرار السلطة التشريعية بالموافقة على مبدأ التعديل، فلا يجوز أن تناقش المواد المطلوبة تعديلها، قبل شهرين من تاريخ هذه الموافقة.

(١) تنص المادة الخامسة من الدستور الأمريكي على أن للكونجرس وبموافقة أغلبية ثلثي كل من مجلسيه- أن يقترح تعديل الدستور. ويجوز كذلك تعديل الدستور بناء على طلب من ثلثي المجالس التشريعية للولايات. وهي هذه الحالة يدعو الكونجرس إلى عقد مؤتمر لاقتراح التعديل. ويختار التعديل قد أقر وصار جزءاً من الدستور في أي من هاتين الحالتين- إذا اعتمدته ثلاثة أرباع المجالس التشريعية في الولايات، أو من خلال مؤتمرات تعقد في الولايات وتقر للتعديل بالأغلبية ذاتها، وبشرط ألا يتم إجراء أي تعديل في الدستور قبل عام ١٨٠٨ إذا كان من شأن هذا التعديل المساس بالبندين الأول والرابع من الفصل التاسع من المادة الأولى.

المطلب الثاني
القيود المتعلقة بموضوع التعديل

٥١١- وأيا كان شأن القيود المتعلقة بزمان تعديل الدستور، فإن استقراء الاستاتير المعاصرة يدل على زوالها بصورة مطردة لأمرين:

أولهما: أن هذه القيود لم تحقق الأغراض المقصودة منها، بل كان لها نتائج سلبية على تطوير الدستور ليصمد للأوضاع المتغيرة في الجماعة.

ثانيهما: أن إيلاء الاعتبار للدستور القائم، لا يتحقق بالضرورة من خلال الحواجز الدستورية، خاصة بعد أن دل العمل بين الدول، على أن القيود التي تحظر تعديل مواد بذاتها في الدستور، هي التي لا تزال باقية. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٨٩ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ من حظر إجراء أي تعديل في الدستور يخل بتكامل الإقليم أو بالشكل الجمهوري للحكومة^(١). ومن حظر دستور مصر لعام ١٩٢٣، تعديل نظام توارث العرش.

كذلك تنص الفقرة ٣/ من المادة ٧٩ من الدستور الألماني على حظر كل تعديل لهذا الدستور يخل بالتقسيم الفيدرالي للدولة أو يؤثر في إسهام مقاطعاتها في العملية التشريعية، أو ينال من الحقوق المنصوص عليها في المواد من ١ إلى ٢٠ من الدستور.

ويبدو حظر تعديل بعض مواد الدستور -وفي الأعم من الأحوال- حول ضمان بقاء شكل الدولة والطبيعة السياسية لنظامها، ويتوخى هذا الحظر صون روح الدستور من خلال الإبقاء على بعض موادها عvisة على التعديل، إلا أن الفقهاء كثيراً ما يشكون في قيمة هذه المواد، ويرونها مناقضة لحقيقة أن نصوص الدستور تتكاثراً فيما بينها، وأن تقرير مراكز فضلى لبعضها على بعض، يناقض هذه الحقيقة.

(١) أضيف حظر تغيير شكل الحكومة للجمهورى بمقتضى التعديل الدستورى الصادر فى فرنسا فى ١٨٨٤/٨/١٤، إلى المادة ٨ من القانون الدستورى المعمول به فى ١٨٧٥/٢/٢٥. ووجدت هذا الحظر بعد ذلك المادة ٩٥ من دستور ١٩٤٦ ثم تلغتها المادة ٨٩ من الدستور الفرنسى لعام ١٩٥٨. ويوجد هذا الحظر كذلك فى المادة (١١٠) من الدستور اليونانى الصادر فى ١١ يوليه ١٩٧٥.

المطلب الثالث

التكليس على الدستور

La fraude à la Consitution

٥١٢- ويظل ثابتاً أن تعديل الدستور لا يجوز أن يتناول غير بعض مواد. ذلك أن تعديل الدستور غير الاكتضاض على أحكامه جميعها وإبدالها بغيرها. وإنما يتعلق التعديل بمواد بنواتها لم تعد موائمة لعصرها. ولا كذلك إبدال الدستور القائم بغيره إذ تتولاه الجماهير مباشرة بنفسها، ولا تتولاه جهة أولاً الدستور لاختصاص تعديل بعض أحكامه.

ولا يجوز القول بالتالي بأن كل تعديل للدستور يتناول مواد كلها أو أغلبها، يعتبر صحيحاً بشرط التقيد بالقواعد الإجرائية التي اشترطها الدستور لإجراء التعديل.

ذلك أن الحق في تعديل الدستور يفترض أن ينحصر في نطاق فيه معنيها قام الدليل على مجافاتها لروح العصر.

وكما أن تعديل القانون غير إنهاء وجوده، فإن تعديل الدستور غير إلغاء أحكامه. كذلك فإن القول بجواز أن يشمل تعديل الدستور أحكامه جميعها، يفترض أن الدستور في كل أجزائه صار عقيماً ونبأ بغير ثمار. وهو تصور لا ينطق بدستور صار معيياً في بعض جوانبه، وإنما بدستور صار سيكاً بكل مشتملاته. وليس ذلك تعديلاً للدستور. يؤيد هذا النظر أن التعديل الكامل للدستور لا يتوخى في حقيقة الأمر، أو على الأقل في الأعم من الأحوال، غيير إبدال النظم السياسية القائمة بنظم مختلفة عنها محلها وتقوم على ألقاضها. وليس ذلك غير انحراف من الجهة التي اختصاصها الدستور بتعديل بعض أحكامه، عن حدود الولاية التي منحها إياها، ومجاوزتها بالتالي الأغراض التي يفترض أن تعمل على تحقيقها، والتي تتمثل في مقابلة بعض نصوص الدستور بالأوضاع الجديدة القائمة في الجماعة، وتقويمها بما يكفل تعاضدها مع هذه الأوضاع.

وليس تحول الجهة التي لخصها الدستور بالتعديل، عن غرضها الأصلي في موازنة بعض أحكامه مع حقائق جديدة تلفظ الأوضاع القديمة، غير تكليس على الدستور
La Fraude à la Consitution

كذلك فإن تحلل هذه الجهة من القيود الإجرائية التي فرضها الدستور عليها في مجال تعديل الدستور، يمثل انقلاباً من جهتها على مسند ولايتها.

المبحث الثاني

الثورة على الدستور والثورة على الثورة

٥١٣- لا تعتبر الثورة انقلابا على الدستور ما لم تحدث تغييرا شاملا ونهائيا في الأوضاع القائمة. وهي تلغى الدستور القائم لإخاء واقعا De facto ولو لم يصدر عنها إعلان بذلك. بل إنها تنقض على كافة النظم السابقة عليها بوصفها نظاما تنالض الثورة في أهدافها وتوجهاتها. فلا تكون أمام منظومة دستورية أو قانونية تصدر الثورة عنها، وتعمل في ظلها. وإنما تكون الثورة نتاج للقوة وحدها وثمرتها عواصفها. ويظل بالإمكان دائما أن تعمل الثورة في إطار للقانون من خلال النظم القانونية التي تنشئها.

ويتعين في هذا المقام التمييز بين ثورة تنالض الحرية ومفاهيم القانون، فلا يكون لها من وجود في إطار الشرعية الدستورية كالثورة الماركسية؛ وبين ثورة تعالish الأمل الوطنية وتعمل من أجل تحرير الجماهير من الاستغلال لضمان أفاق جديدة للحرية. وتكتسب هذه الثورة بالشرعية الدستورية من خلال صونها حقوق المواطنين وحررياتهم، وضمان رعايتهم العام.

ومن ثم تعتبر الثورة انقلابا على أحكام الدستور جميعها، فلا تبقى شيئا منها. ولا يقوم الثوار بها كجزاء يردع السلطة القائمة عن التحرف لها، أو بقصد تقويم أخطائها وردها إلى صوابها؛ وإنما تتوخى الثورة نقض الأوضاع القائمة، وإبدالها بنظم جديدة تصور مفهومها للتغيير. ولعلما تكون للنظم الجديدة مدنية بطبيعتها.

فإذا لم توفق الثورة لأوضاعها مع المفاهيم والقيم الدستورية، وظل نشاطها ومناهجها في العمل تعبيراً عن توحشها من خلال السلطة التي تستبد بها، وينقضها ما توقعه المواطنون منها؛ فإن طاعتها لا تكون واجبا عليهم، وإنما يكون لجموعهم الحق في عصيانها والتمرد عليها Le droit de resistance à l'oppression لضمان حقوقهم التي تكفلها النظم الديمقراطية. وتلك هي الثورة على الثورة^(١).

(١) انظر في ذلك مؤلف لأربعة من الفقهاء الفرنسيين:

Charles Debbsch; Jean - Marie Poulhier; Jacques Bourdon; Jean Claude Ricci.

Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 3e édition augmentée et corrigée, pp. 90-96.

الفصل الثامن والعشرون

الرقابة القضائية على دستورية القوانين المكملة للدستور

٥١٤- لم تشر الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١ إلى القوانين المكملة للدستور. ولكن دستور ١٩٧١ نص عليها في المادة ١٩٥، وجعل واجب أخذ رأي مجلس الشورى في شأن هذه القوانين شكلية جديدة أضافها إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في القوانين بوجه عام، والتي يجب استيفائها، وإلا نعدم وجود القانون الذي أهملها لتخلف خصائص القواعد القانونية فيه منذ ميلاده.

المبحث الأول

الشكوى الإضافية المنصوص عليها في المادة (١٩٥) من الدستور

٥١٥- تتعلق الشكوى في النصوص القانونية أصلاً باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها أثناء انعقاد السلطة التشريعية. وكذلك باختصاص رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة للقانون فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو في حال غيابها، وفقاً للمادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور.

٥١٦- والشكوى في كل صورها وتطبيقاتها، شرط لوجود النصوص القانونية. فلن لم تستوفها هذه النصوص، زال كيانها القانوني، ولم يعد لها بالتالي خصائص القواعد القانونية المجردة التي يجوز تطبيقها، وإنما تعامل كأوراق جفت منها نماء الحياة، فلا قيمة لها. ولا يجوز بعدئذ تنفيذها، ولو كان مضمونها يوافق الدستور من كل الوجوه. ذلك أن انفصال النصوص القانونية إلى الأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور فيما في ذلك الشكوى الإضافية المقررة بنص المادة ١٩٥ من الدستور - يعمها منذ إقرارها. والعدم لا تدرج فيه. وهو نقض الوجود.

٥١٧- ولم تكن الشكوى الإضافية التي يتطلبها الدستور في القوانين المكملة للدستور - والتي تتمثل في وجوب عرضها على مجلس الشورى لأخذ رأيها قبل أن يناقشها مجلس الشعب - مجرد إملاء عقيم من الدستور. ذلك أن هذه القوانين لا تتعلق بغير المسائل التي يحيل الدستور في تنظيمها إلى قانون أو في حدوده، أو وفق الأوضاع التي بينها، بشرط أن تكون هذه المسائل ذاتها - في طبيعتها وخصائصها - من نوع المسائل التي تدرجها الدساتير عادة في صلبها، وتألفها في عموم تطبيقاتها.

٥١٨- وهذان الشرطان اللذان يحيلان في تحديد مفهوم القوانين المكملة للدستور، إلى ممثل لها من أهميتها ما جعل الدستور يقتضى تنظيمها بقانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي ينص عليها - وهذا هو المعيار الشكلي في القوانين المكملة للدستور - ولها كذلك من طبيعتها ما يجعل المسائل التي تنظمها هذه القوانين، وثيقة الاتصال بقواعد الدستور لتكملها - وهذا المعيار الموضوعي في القوانين المكملة للدستور - هذان الشرطان هما من خلق المحكمة الدستورية العليا، ومساقتها إليهما اجتهداها الخاص، بالرغم من غموض عبارة "القوانين المكملة للدستور، وخطو الأعمال التحضيرية للدستور مما يحدد معناها. بيد أن هذا الغموض وذلك اللغو، لم يقدها عن أن تقرر بحكمها الصادر في ١٩٩٣/٥/١٥ في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" الحقائق الأتي بيانها:

أولاً: أن نص المادة ١٩٥ من الدستور مؤداه أن يؤخذ رأي مجلس الشورى وجوباً في المسائل التي تحدثها هذه المادة حصراً - والتي يندرج تحتها كل مشروع قانون مكمل للدستور - بالنظر إلى أهميتها، ولأن ما يجمعها هو حيوية المصالح المرتبطة بها. وهي مصالح يتعين وزنها على ضوء نظرة تحليلية تحيط بها، فلا يكون النظر فيها قلماً على اندفاع التعجل، ولا بشوباً بقصور في الرؤية الشاملة لأبعادها. وهما عيان يفرضان انتقاءهما في مجلس الشورى الأكثر خبرة وأحد بصراً من مجلس الشعب، والأكثر كذلك على أن يندبه إلى الآثار الواقعية والقانونية التي تحيط بكل مشروع قانون مكمل للدستور يعرض عليه، فلا ينفرد مجلس الشعب بالحكم عليها، وإنما يكون تقييمها عملاً مشتركاً بين هذين المجلسين^(١).

ثانياً: أن عرض كل مشروع قانون مكمل للدستور على مجلس الشورى لأخذ رأي فيه، شكلية جوهرية لا مناص منها، ولا يجوز بالتالي إهمالها. فإذا أقر مجلس الشعب قانوناً قبل استيفاء هذه الشكلية، بطل هذا القانون منذ إقراره، بعد أن لم يعد وعاء لقواعد قانونية اكتسب تكوينها^(٢).

(١) لا يتخذ مجلس الشورى، برأى هذا المجلس في المسائل المنصوص عليها في المادة ١٩٥ من الدستور. وإنما يجوز أن يطرحها، وأن يقر على خلاقها شأن قراء مجلس الشورى في ذلك شأن كل الآراء الاستشارية التي لا إلزام فيها.

(٢) من المفترض أن يدلي مجلس الشورى برأيه في كل مشروع قانون مكمل للدستور يعرض عليه، قبل أن يناقشه مجلس الشعب. ومن ثم يكون إبداء آرائ سابقا على هذه المناقشة فلا يملأها أو يأتي بعدها.

ثالثاً: أن تحديد مفهوم القوانين المكمل لل دستور، يبين لكل من مجلسي الشعب والشورى حدود الولاية التي يختص بها وفقاً للدستور، فلا تتداخل الولاياتان أو تتبعض الفواصل بينهما.

رابعاً: أن عبارة "القوانين المكمل لل دستور" تحمل في أعطافها عناصر تحديدها من خلال شرطين يتعين اجتماعهما معاً، حتى يصح اعتبار قانون مكمل للدستور.

أولهما: أن يكون الدستور قد نص ابتداءً في موضوع حده، على أن يكون تنظيمه بقانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي يبينها. فإِنْ هو فعل، دل ذلك على درجة الأهمية التي بلغها هذا الموضوع.

ثانيهما: أن الشرط الأول وإن كان مطلوباً وجوباً للفصل في كل نزاع يتطرق بما إذا كان القانون بعد أو لا يعتبر مكملًا للدستور؛ إلا أن هذا الشرط ليس كافياً. بل يتعين لاعتبار القانون كذلك، إضافة شرط آخر إلى الشرط الأول مؤداه أن تكون للمسائل التي أحال الدستور في تنظيمها إلى قانون أو في حدوده أو وفق الأوضاع التي يبينها، لها كذلك من طبيعتها ما يلحقها بالقواعد التي تحتضنها الاستاتير عادة في صلبها، فلا تنافيها^(١).

٥١٩- تلك هي القوانين المكمل لل دستور التي لا تعتبر كذلك إلا باجتماع الشرطين المتقدم بينهما فيها، ولقائمين على مزوجة بين عناصر شكلية وموضوعية. فلا يكون القانون مكملًا للدستور بواحد منهما دون الآخر.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ - قاعدة رقم ٢٢ - ص ٢٩٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. ويلاحظ أن من بين القواعد الكلية التي تتضمنها الوثائق الدستورية - على ما جاء بالحكم السابق - موضوع استقلال السلطة القضائية. ولا كذلك القانون الذي يصدر طبقاً لنص المادة ١٤٥ من الدستور التي حدد بها أحوال الفصل بغير الطريق التلقيني؛ ولا القانون الصادر في شأن الحقو الشامل إجمالاً لنص المادة ١٤٩ من الدستور، أو القانون الصادر في شأن التجنيد العامة وفقاً لنص المادة ١٨١ من الدستور. وهذه الأمثلة جميعها، ضربتها المحكمة الدستورية العليا في حكمها السابق.

وقد ردت المحكمة الدستورية العليا هذين المعيارين المتطلبين في القوانين المكمل للدستور، وذلك بحكمها الصادر في ٣ يونيو ٢٠٠٠ في القضية رقم ١٥٣ لسنة ٢١ قضائية دستورية - قاعدة رقم ٧٠ - المنشور في ص ٥٨٢ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

وفيما عدا الشكائية الإضافية التي تتطلبها المادة ١٩٥ من الدستور في القوانين المكملّة للدستور، فإن هذه القوانين تأخذ في كل أحوالها حكم القوانين التي يقرها البرلمان، لتكوّن لها قوتها. ومن ثم تساويها في مرتبتها، فلا تدخل في منطقة وسطى بين القانون في عموم معناه، وبين الدستور. وشأن هذه الشكائية الإضافية المقررة بنص المادة ١٩٥ من الدستور شأن كل شكائية غيرها -لما كان موقعها- تتطلبها الدستور في النصوص القانونية. ذلك أن وجود هذه النصوص يذلل بتخلفها. ولا يجوز بالتالي في مجال تطبيق كافة الأشكال التي فرضها الدستور، التمييز بين شكائية ثانوية يجوز إعمالها، وبين شكائية حتمية يكون طلبها لازماً لا مندوباً. ذلك أن الشكائية في الدستور واحدة في أهميتها وفي درجتها. ومن شأنها بطلان كل قانون يتجاهلها بأثر يلحقها منذ اللحظة التي أقرها البرلمان فيها.

المبحث الثاني

التمييز بين القوانين المكملة للدستور والقوانين العضوية

٥٢٠- والبيان من قضاء المحكمة الدستورية لطحا المتقدم البيان:

أولاً: أن مفهوم القوانين المكملة للدستور، لا يطابق دائرة المعامل التي ينظمها القانون بوجه عام، وإلا كان على الدستور أن يربط للشكلية الإضافية المنصوص عليها في المادة ١٩٥، بكل قانون يقره البرلمان، ولو لم يكن مكملًا للدستور. وهو ما ينافي نص هذه المادة في عبارتها وفحواها.

ثانياً: أن القوانين المكملة للدستور في مصر، لا تقابل القوانين العضوية *Les lois organiques* في فرنسا. ولكنهما معنيان مختلفان من كل الوجوه. ذلك أن القوانين العضوية في فرنسا لا تعتبر كذلك بناء على خصائص تتوافر فيها مثلما هو الأمر في القوانين المكملة للدستور في مصر، وإنما لأن وصفها على هذا النحو مصدره الدستور الفرنسي. ولو لم يكن هذا الدستور قد أطلق عليها هذا الوصف، لتعذر تمييزها عن غيرها من القوانين^(١).

ثالثاً: أن القوانين العضوية ليس لها قوة القوانين العادية *Les lois ordinaires* ولكنها تطوأت، وتظل القوانين العضوية دائماً دون الدستور في مرتبتها لتقع في منزلة وسطى بين الدستور والقوانين العادية.

Un rang intermediaire entre celui de la Constitution et de la loi ordinaire.

(١) لم يكن الدستور الفرنسي لعام ١٩٨٥، هو أول دستور فرنسي يردد عبارة "القوانين العضوية" وإنما نص عليها لأول مرة- دستوراً لعام ١٨٤٨ في المادة ١١٥ منه. واعترف بها كذلك دستور الجمهورية الثالثة. ثم نص عليها دستور ١٩٤٦ في الفقرة الأولى من المادة ١٦٥ منه، وكذلك في مواده ٢/٦٦، ١/٨٩. ولكن دستور ١٩٥٨ هو الذي حدد مفهوم القوانين العضوية *les lois organiques* بصورة أدق، وأعطاهما مكانتها المتميزة.

رابعاً: لا يجوز لغير القوانين العضوية، أن تنظم المسائل التي اختصها الدستور بها وقصرها عليها. فإذا صدر بها قانون عادي، بطل هذا القانون^(١).

خامساً: لا يجوز إصدار القوانين العضوية -وعلا بنص المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨- إذ قرر المجلس الدستوري الفرنسي مخالفتها للدستور.

Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu' après une déclaration par le Conseil Constitutionnel de leur conformité à la Constitution.

وهو ما يؤكد كذلك المادة ١/٦١ من هذا الدستور التي تقضي بأن القوانين العضوية قبل إصدارها وكذلك اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها، يجب عرضها على المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements parlementaires avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la constitution.

سادساً: أن الرقابة القضائية التي يباشرها المجلس الدستوري الفرنسي على القوانين العضوية وإن كانت رقابة وجوبية، إلا أن رئيس مجلس الوزراء هو الذي يحركها. فلا يكون إجراؤها ولها بقوة القانون أو بصفة آلية Automatique. ولا يعني ذلك أن رئيس مجلس الوزراء بالخيار بين عرض القوانين العضوية أو عدم عرضها على المجلس الدستوري. ذلك أن إهمال عرضها مؤداه أن لا تصدر على الإطلاق. وهو ما يجعل عرض هذه القوانين على ذلك المجلس جزءاً من عناصر نظامها القانوني^(٢).

(١) ويلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي يفرق بين فرضين: بين قانون عادي يتضمن اعتداء على المجال المحجوز لقانون عضوي. وفي هذه الحالة يبطل المجلس الدستوري هذا القانون؛ وبين قانون عضوي يتضمن اعتداء على المجال المحجوز للقانون العادي. وفي هذه الحالة يكتفي المجلس بإعادة ترتيب نصوص القانون العضوي، لإخراج من مجال تطبيق هذا القانون، النصوص التي يدخل تطبيقها في منطقة القانون العادي.

C.C. 86- C.C. 86- 217. D.C. , 18, Sep. 1986, p. 141.

(٢) مؤدى ذلك أنه حتى لو لم تحتم القوانين العضوية في صلبها عرضها على المجلس الدستوري إلا أن حرية رئيس مجلس الوزراء في عرضها أو التخلي عن تقديمها إلى المجلس الدستوري الفرنسي هي حرية نظرية صرفة.

خامسا: وعلى المجلس الدستوري عند الفصل في دستورية القوانين العضوية التي تعرض عليه، أن يتحقق من أن هذه القوانين أعدت وفق القواعد الإجرائية الخاصة بها؛ وأن يستوثق كذلك من أن المسائل التي يتناولها مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، مما يجوز تنظيمها بقوانين عضوية^(١)؛ وأن يستظهر فضلا عما تقدم أن مشروع القانون أو الاقتراح المعروض، لا يخل في محتواه بحقوق المواطنين وحرياتهم، ولا بقواعد رزمة للدستورية ومبادئها.

les règles et principes du bloc de constitutionnalité.

سادسا: تحكم القوانين العضوية، القواعد الإجرائية العامة المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور. وعلى ضوئها، يناقش كل مشروع أو اقتراح بقانون على التوالي في مجلسي البرلمان - الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ - من أجل الوصول إلى صيغة موحدة ويقبلها. فإذا تعذر عليهما الاتفاق على هذه الصيغة الموحدة بعد قراءتين متعاقبتين، أو بعد قراءة واحدة في كل منهما في أحوال الاستعجال التي تطلبها الحكومة؛ كان لرئيس الوزراء أن يدعو لعقد لجنة مختلطة متعادلة التمثيل من أعضاء المجلسين La commission paritaire mixte، يعهد إليها باقتراح لنصوص تعرض عليها. ولا يجوز إدخال تعديل على للنصوص التي تقترحها هذه اللجنة بغير موافقة الحكومة.

فإذا تعذر على أعضاء هذه اللجنة الاتفاق على صيغة موحدة للنصوص التي تقترح إقرارها، أو تعذر الحصول على موافقة مجلسي البرلمان على الصيغة الموحدة لهذه النصوص، كان على الحكومة بعد قراءة جديدة واحدة لتلك النصوص من قبل الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، أن تطلب من الجمعية الوطنية أن تفصل في الأمر بصفة نهائية سواء بإقرار مشروع قانون للجنة المختلطة أو بإقرار الجمعية الوطنية لمشروعها^(٢).

سابعا: وإذا كان نص المادة ٤٥ من الدستور يمثل الأصل في القواعد الإجرائية التي يمتثلين اتباعها عند نظر مجلسي البرلمان مشروع قانون أو اقتراح بقانون، وكان الامتثال لهذه القواعد واجبا كذلك في القوانين العضوية شأنها في الخضوع لها شأن القوانين العادية؛ إلا أن الدستور

(١) يتوخى نص المادة ٤٥ من الدستور الفرنسي عدم تحويل مجلس الشيوخ حق الاعتراض على كل مشروع قانون تقره الجمعية الوطنية بما يحدث شللا للحياة البرلمانية. كذلك فإن من بين الأغراض التي تتوخاها هذه المادة؛ أن تكون الكلمة الأخيرة في شأن القبول بالنصوص القانونية أو رفضها، للجمعية الوطنية.

اختص القوانين العضوية، بقواعد إجرائية أفردتها بها، هي تلك المنصوص عليها في المادة ٤٦ من الدستور.

وتتجصل هذه القواعد الإجرائية الخاصة فيما يلي:

• أن القوانين العضوية لا تجوز مناقشتها ولا تعديلها قبل انقضاء ١٥ يوما على إيداع مشروع القانون أو الاقتراح بقانون الخاص بها.

• أن اتباع القواعد الإجرائية المنصوص عليها في المادة ٤٥ من الدستور، وإن كان واجباً في شأن القوانين العضوية، إلا أن الجمعية الوطنية لا يجوز لها عند اختلافها مع مجلس الشيوخ في شأن مشروع قانون أو الاقتراح بقانون المعروض عليها، أن تقرر هذا المشروع أو الاقتراح في القراءة الأخيرة لهما، إلا بالأغلبية المطلقة لأعضائها.

• أن القوانين العضوية التي تنظم شأنًا يتعلق بمجلس الشيوخ، يتعين أن يقترح مجلساً البرلمان عليها في صيغة موحدة^(١)

Les lois organiques relatives au Senat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées

(١) انظر في شرح المادة ٤٦ من الدستور الفرنسي مقالة للأستاذ Pierre le Mire الأستاذ في جامعة Reims نشرت في ص ٨٩٩ وما بعدها من الطبعة الثانية من مؤلف عنوانه La Constitution de la Republic Française [Económica]. وانظر في شرح المادة ٤٥ من هذا الدستور مقالة أخرى للأستاذ Leo Hamon الأستاذ بجامعة باريس (١) والوزير السابق، في ص ٨٨٨ وما بعدها من المؤلف السابق.

الفصل التاسع والعشرون

الرقابة على الدستورية وضمان حرية التعاقد

المبحث الأول

حرية التعاقد بوجه عام

٥٢١- حرية التعاقد في مفهوم بعض النسابير، من الحقوق الطبيعية A natural right التي حازها الأفراد من أجل تطوير ملكاتهم والظفر بالمساعدة التي يطمحون فيها ويعملون من أجلها^(١).

وينظر إليها كثيرون على تقدير صلتها الوثيقة بحقوق الملكية، وبوجه خاص في مجال كسبها بالعقد، وكذلك على صعود عقود العمل التي يعرض العامل فيها قوة العمل في سوق لشرائها^(٢) وهي فرع من الحرية الشخصية التي لا تنحصر دلالتها في تحرير الناس لأبدانهم من القيود الصلبة Physical restraints التي تنال منها كالاقتال والسجن والاحتفاظ في مكان أمين، وإنما هي كذلك حق للمواطنين جميعهم في استثمار قدراتهم واستعمالها بكل الطرق القانونية، وفي العمل أينما يشاعون، وفي أن يحصلوا على قوتهم من كل المصادر التي لها وجه مشروع، وأن يدخلوا بالتالي في كل العقود الملائمة والضرورية التي يكفلون بها مظاهر الحياة التي يطلبونها^(٣).

ولم يمد جائزاً على ضوء هذه المفاهيم، إجهاض حرية التعاقد، أو التدخل فيها بصورة تحكمية، ولا النظر إليها بوصفها حرية مطلقة لا قيد عليها. ذلك أن ضمان الحرية وإن اقتضى ألا تفرض عليها قيود جائرة، إلا أن الانتفاع بها لا يفترض تحصينها من القيود التي تنظمها.

ومن ثم تكون حرية التعاقد حرية موصوفة A qualified right ليس لها من نفسها ما يعصمها من القيود التي تقتضيها مصلحة الجماعة وضوابط حركتها^(٤) وإن كان الأصل هو

(١) Slaughter- House Cases, 83 U.S. (16 Wall) 63 (1873).

(٢) Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1, 14 (1915).

(٣) Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1915).

(٤) Chicago, B& Q.R.R.V. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

ضمانها، وعدم جواز التدخل فيها إلا استثناءاً^(١) حتى يتخذ الإيمان في الحياء الطرائق التي يختارها وأماكن وصور العمل التي يفضلها، ووسائل الرزق التي يستصوبها، وأن يعمل على تحقيق هذه الأغراض من خلال العقود التي يدخل فيها، وعلى تقدير أن حرية التعاقد هي إرادة الاختيار التي تبلور للشخصية الفردية وتشكلها في جوهر ملامحها، وأنها تمثل من الحرية الشخصية، ومن حقوق الملكية، أبرز سماتها^(٢)

An elementary part of the rights of personal liberty and private property.

ويفترض في القيود على حرية التعاقد، أنها قيود منطقية موافقة للدستور.

A presumption of reasonableness and constitutionality.

ويظل واجباً تنفيذ العقود وفق مشتملاتها، وفي إطار من حسن النية. ويقر تعلقها بحقوق الملكية، فإن أخذها من أصحابها بغير تعويض لا يجوز، سواء كان المدين بها فرداً أو جهازاً حكومياً.

ومما يناقض حرية التعاقد، تقرير احتكار يعطل حق الأفراد في الدخول في المعين التي ألفوها وتكبروا عليها، والتي يعتمدون عليها في معاشهم. ذلك أن حد السلطة البوليسية هو معقوليتها وإضافتها. فإن لم تكن كذلك، بل كان تحكمها، وإقتفاء معقوليتها وضرورتها، هو ما يقسم به موقفها من الحرية الشخصية، ومن حق الأفراد في الدخول في العقود الملائمة والضرورية، تعين الحكم بمجاوزة هذا التدخل حدود الدستور. وإذ تقضى الجهة القضائية بذلك، فإنها لا تحل تقديرها محل تقدير المشرع. ذلك أن كل إجراء مشروع يصدر في إطار السلطة البوليسية التي تتوخى حماية المواطنين في صحتهم أو غير ذلك من أوجه رعايتهم العام، لا تشملها الرقابة القضائية، ولو كان القضاء لا يميلون إلى هذا الإجراء.

(١) من بين القيود التي يجوز فرضها في نطق حق العمل، تنظيم العمل في المناجم وحظر استخدام الأطفال في المعين الخطرة، وتحديد حد أدنى للأجر، وتحديد ساعات العمل، وتقرير حق العمال في التعويض عن إصابة العمل وحقوقهم في التفاوض بصورة جماعية Collective Bargaining من أجل الحصول على شروط عمل أفضل.

(٢) Adair v. United States, 20 U.S. 161 (1908).

فإذا نقض الإجراء المتخذ، مفهوم الحرية التي ما توخى الدستور بضمانها غير تنظيمها في إطار من الشروط المنطقية والمنصفة التي يراها أوساط الناس كذلك، صار هذا الإجراء باطلاً.

والأصل في العقود هو تكلف مصالح أطرافها ما لم يكن العقد إدارياً متضمناً شروطاً استثنائية لا يألّفها الأفراد في عقود القانون الخاص، لتعبر الدولة من خلالها عن إرادة تسيير مرفق عام وفق ما تراه ملائماً من النظم؛ وإن ظلّ ولجأ عليها ألا تلغى عقوداً قائمة، ما لم يكن الدخول في هذه العقود منطوياً على التخطيط لجريمة، أو على وجه آخر غير مشروع كاللتدخل بغير حق في الوظيفة القضائية أو التقنية، أو التشريعية، أو تنفيذ حرية تنفق التجارة دون مقتضى^(١).

ويتعين دائماً أن نلاحظ:

أولاً: أن التدخل في العقود من خلال السلطة البوليسية التي تتوخى تأمين المواطنين في صحتهم وسلامتهم ورخائهم العام وضمان قيمهم الخفية، جائز كلما كان معقولاً. وهو ما يؤكدّه القضاء المقارن. بل إن مصلحة الدولة الاقتصادية، قد تبرر التدخل في بعض العقود بما يكتفلها.

ثانياً: وفي مجال تقييم العقود التي يجوز بوجه عام فرضها على العقود، يتعين أن ننظر إلى ما إذا كان من شأنها تحقيق غرض مشروع بوسائل منطقية. فإذا استقام أمرها على هذا النحو، تعين القول بجوازها، ولو كان من شأنها أن تؤثر -بطريق مباشر أو غير مباشر- في العقود القائمة أو تعدل بعض أحكامها.

The question is not whether the legislative action affects contracts incidentally, or directly or indirectly but whether the legislation is addressed to a legitimate end and the measures taken are reasonable and appropriate to that end

ولا كذلك أن يتدخل المشرع بصورة تصفية في العقود بما يهدر أو يقلص الحقوق التي أنشأتها. إذ يعتبر هذا التدخل مخالفاً للدستور، وباطلاً، ذلك أن للتدخل في العقود، لا يجوز ما لم يكن معقولاً، شأن العقود في ذلك شأن الوسائل القانونية السليمة التي تمثل المعقولة جوهرها.

(١) *Atlantic Coast line R.Co.V.Goldsboro*, 232 U.S. 548 (1914).

ثالثاً: أن الطعن قضائياً في العقود التي دخل للشخص فيها، يخول الجهة القضائية الفصل في صحتها ثم تحديد ما إذا كان المشرع قد تدخل فيها بصورة غير منطقية، ليصير هذا التدخل غير مشروع ولو تدرع المشرع بالسلطة البوليسية التي لا يجوز استعمالها في غير الأغراض التي رصدها الدستور عليها، والتي لا يندرج تحتها أن يتخفى المشرع وراء هذه السلطة لتحقيق غرض غير مشروع^(١)، أو لتحقيق غرض مشروع بوسائل غير منطقية. ذلك أن محولية التدخل في العقود يفترض أن يكون هذا التدخل جائزاً، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان ملائماً، وواقعاً في المجال الطبيعي لمباشرة السلطة البوليسية منظوراً في تحديد مداها إلى نطاق الآثار التي رتبها للتدخل في العقود على حقوق أطرافها.

ولا يجوز بالتالي للجهة القضائية -في مجال تقييمها للتدابير السلمية التي تتخذها السلطة البوليسية- أن تستعوض هذه الجهة عن تقدير المشرع بتقديرها، ولو كان تقديرها أفضل من وجهة نظرها^(٢).

٥٢٢- وكلما تدخل المشرع بالنصوص القانونية التي أقرها لتحقيق غرض مشروع يرتبط عقلاً بها، تبين أن تعامل هذه النصوص بالفراض صحتها، ولو وجد تنظيم أو تصور آخر أفضل منها، وأعمق حكمة مقارنة بها.

٥٢٣- ولئن جاز القول بأن الأصل في السلطة البوليسية هو إطلاقها بشرط تقيدها بالضوابط التي فرضها الدستور عليها لتحقيق الأغراض التي تستهدفها، وكان ضمان حرية التعاقد لتكفل للناس جميعهم صحتهم وسكينتهم وأمنهم العام -بما في ذلك صون أخلاقهم- موزده أن ضمان حرية التعاقد في نطاق الشروط المنطقية للوسائل القانونية السلمية -ما كان منها موضوعاً أو إجرائياً- يعتبر من ضوابط الحماية التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحررياتهم، فقد تبين إبطال كل قانون يحظر على بعض المواطنين -ودون مصوغ معقول- مباشرة ما هو مشروع آمن صور النشاط التي يريدون الدخول فيها، ولو كانوا قد هجروها من قبل^(٣).

(١) Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

(٢) Advance-Rumely Thresher Co. v. Jackson, 287 U.S. 283 (1932).

(٣) تعتبر الحقوق الناشئة عن العقد، حقوق ملكية. وكما أن الملكية لا يجوز أخذها بغير تعويض، فإن الانتزاعات العقابية لا يجوز الإخلال بها بغير تعويض، سواء كتبت الدولة أو الفرد طرفاً في العقد.

Lynch v. United States, 292 U.S. 571 (1934).

ذلك أن صور النشاط هذه، تقارن حقوق الملكية التي تنصل بها. بما موداه أن الوسائل القانونية السلمية، هي التي تكون كذلك بالنظر إلى خصائصها ومكوناتها. ولا شأن لها بما يراه المشرع مندرجا تحتها أو واقعا في إطارها.

٥٢٤- على أن حرية التعاقد مع أهميتها لا تقبل الإطلاق، بل يجوز تقييدها بما لا ينال من أصل الحق فيها. فلا تنطلق هذه الحرية لتحطم كوابحها، وإنما يجوز تنظيمها. فليس ثمة حرية للفرد في أن يتعاقد بالطريقة التي يختارها، وبالشروط التي يرضيها، ولو نلغض بها قيم الجماعة وثوابتها. وإنما الحرية في حقيقتها، يناسبها تجردها من القيود الجائرة على ممارستها^(١).

Liberty implies the absence of arbitrary restraints, not immunity from reasonable regulations and prohibitions imposed in the interests of community.

وليس لأحد بالتالي أن يمتصم بحرية يدعيها ليناهض بها قيودا منطقية يفرضها المشرع عليها لضمان مصالح الجماعة في أشكالها المتجددة والمتطورة^(٢). ذلك أن معقولة هذه القيود تفترض Presumption of reasonableness.

٥٢٥- ولا ينال ما تقدم، من حقيقة أن حرية التعاقد تتمحض تبيرا عن إرادة الاختيار التي تعتبر جزءا من أدمية الفرد، فلا تنفصل عنها. ومن ثم تعتبر القيود عليها -بالضرورة- من طبيعة استثنائية، تقدر بقدر الضرورة التي أملتها. وهذه الطبيعة الاستثنائية للقيود التي يفرضها المشرع على حرية التعاقد مردها أن الدستور وإن كان يكفل الحرية الشخصية، ويمنع تقييدها بغير الوسائل القانونية السلمية في جوانبها الموضوعية والإجرائية، إلا أن الحرية التي يضمنها الدستور، هي التي تقع في إطار تنظيم اجتماعي يقتضي من المشرع أن يتدخل بقدر الضرورة وفي حدودها. وكما كان تنظيم القانون لهذه الحرية مبررا من خلال مضمون المسائل التي يواجهها، وعن طريق نوع المصالح التي يحميها، فإن للقيود التي حد بها المشرع من الحرية الشخصية بوجه عام، تحكم العقود كذلك بوجه خاص.

(١) انظر في ذلك:

Chicago, B. and Q.R.R. v. McGuire, 219 U.S. 549 (1911).

(٢) O' Gorman and Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co. 282 U.S. 251 (1931).

وهذا يعني أن معقولة القيود التي يفرضها المشرع على العقود، تفترض.

ويجوز بالتالي أن يفرض المشرع حداً أدنى من الأجور لمصلحة المرأة كسي يكفل لها الوسائل الضرورية لعيشها، وأن يملأها كذلك بالرجل في الأجور التي يحصل عليها، فلا يستغلها رجال الأعمال انتهازاً منهم لضعفها؛ ولا يجورون على حاجتها إلى الأجر العادل الموازن لجهدهما. كذلك لا يجوز إنكار حق المرأة ولاحق الرجل في العمل بناء على مجرد انضمام أيهما إلى أية منظمة نقابية، ولا حرمان غير المنتمين إليها من هذا الحق. ذلك أن هذا الإنكار لا يجوز أن يكون غاية تلتمسها للنصوص القانونية، ولا أن تعمل لتحقيقها.

كذلك فإن فرض قيود على المرأة في مجال حرية التعاقد تزيد عن تلك التي يقضيها المشرع من الرجل في الأوضاع ذاتها لتي لا تغاير في ظروفها، مؤداه أن يكون القانون الصادر في هذا الشأن، قائماً على تمييز غير مبرر ومخالفاً للمستور.

٥٢٦- ولئن كان اتصال حرية التعاقد بالحرية الشخصية بوصفها جزءاً من مكوناتها، من الأمور المقطوع بها، فإن صلتها الوثيقة بالحق في الملكية لا نزاع فيها، بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، وهي حقوق تنحل إلى قيم مالية يحميها الحق في الملكية الفردية التي تمتد إلى الحقوق جميعها الشخصية منها والعينية وإلى حقوق الملكية الأكبيرة والفنية والصناعية.

ويتعين بالتالي النظر إلى العقود -حال صحتها- باعتبارها من الأموال التي تشملها الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة، على أن يكون مفهومها أن حرية التعاقد، وما يتصل بها من الحق في الملكية، لا تعنيان تكافؤاً في الثروة، ولا تقارباً في الدخول. ذلك أن الناس لا يتساوون في ثرواتهم، إلا إذا كانوا يملكون مصادرهما على الشئوع فيما بينهم، وبحصص متساوية.

٥٢٧- وليس للدولة في العقود التي تدخل فيها مع الأفراد مركزاً تعلق به عليهم، ما لم يكن العقد إدارياً في الدول التي تقيم نظاماً قانونياً متميزاً لهذا النوع من العقود تخرج به عن عقود القانون الخاص التي تتكافأ فيها مصالح أطرافها. ذلك أن الأصل في العقود، هي امتناع تحويل الحقوق التي تنشأها ما لم يكن ذلك بناء على اتفاق بين أطرافها أو نزولاً على حكم القانون، لضمان مصلحة يتوخاها المشرع، كذلك التي تتصل بأعراض الناس وبصحتهم أو بمسلماتهم أو برخائهم العام.

وجاز بالتالي إبطال بعض العقود، كلما كان ذلك ضروريا لحماية مصلحة لها اعتبارها، كأعداد العقود المعيرة حلقة في الجريمة المنظمة، أو التي تتدخل بصورة غير ملائمة في الوظيفة التشريعية أو القضائية أو الإدارية، أو التي تقيد من تدفق التجارة^(١).

٥٢٨- علي أن للتدخل في حرية التعاقد بما يقوض أسسها أو يطل آثارها، وإن كان لا يجوز تشريعا في غير ضرورة، إلا أن المصلحة القضائية بوسعها أن تزيل آثار عقد قائم، ولو بآثر رجعي، إذا كان هذا العقد باطلا منذ ميلاده^(٢).

ولها بالتالي أن تعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها حين الدخول في العقد. ولا يعتبر ذلك منها تدخلا في حرية التعاقد، بل جزاء علي مخالفة العقد لقاعدة أمره لا يجوز إهدارها.

ذلك أن الحماية التي يكفلها الدستور للعقد بوصفها قيمة مالية، شرطها صحتها، وانفعالها في القواعد التي تقوم عليها مع الحقوق الثابتة للدولة في نطاق سلطاتها البولييسية التي لا يجوز التفاوض عليها، كالحق في صون القيم الخلقية لمجتمعها، فلا يكون من شأن حرية التعاقد ذاتها، ولا لشرط الرسائل القانونية السليمة، تسليح حق الدولة أو إعاقها عن مباشرة سلطاتها البولييسية التي تكمن من خلالها - وبالتصوص القانوني أحيانا - مصالح عريضة في اتساعها، خطيرة فسي أهميتها وضرونها لصحتها الوقتي بأمن الجماعة وصون هدوئها وراحتها وأدائها ونظامها العام.

بل إن المصلحة الاقتصادية للدولة قد تكرر تدخلها في عقود قائمة، كلما كان هذا التدخل منطقيا.

٥٢٩- ويظل من حق المشرع أن يغير من أشكال الحماية التي يكفلها للعقد السليمة، وأن يعدل بالتالي من الترضية التي أحاط بها هذه العقود كجزاء على إخلال أحد أطرافها بالتزام نشأ عنها، إلا أن شرط ذلك أن تكون الحدود الجديدة لهذه الترضية ملائمة. فإذا تدخل المشرع فيها على نحو يشوهها أو يقوض عناصرها، وبغير أن يحل محلها بنديلا ملائما يكفل جبر الأضرار الناجمة عن الخطأ في تنفيذ العقد، كان ذلك إخلالا من المشرع بحرية التعاقد مخالفا للدستور. وهو

(١) Tawney v. Mutual system of Maryland (1946) 186 Md 508, 47 A 2 d 372.

(٢) Central land Co. v. Laidley, 159 U.S. 103 (1895).

ما يتحقق ذلك كلما جرد المشرع المتعاقد الحريص على إنفاذ عقده، من الوسائل العملية والفعالة التي يؤمن من خلالها، حماية العقد عن طريق إعمال بنوده.

ذلك أن حرية التعاقد، تقتضى تنفيذ العقود وفق مشتملاتها وفي إطار من حسن النية، وعن طريق ترضية ملائمة يفرضها المشرع كجزاء عن الإخلال بأحكامها، بشرط أن يكون بإمكان الدائن أن يقتضيها جبرا من المدين. ولا كذلك أن يتدخل المشرع في الترضية القائمة ليعدل جوهر خصائصها إلى حد يصل إلى فحواها أو أضعافها إلى حد كبير وعلى الأخص إذا ربط المشرع الحصول عليها بشروط ترفعها.

ويظل دقيقا، لخط الفاصل بين الترضية الملائمة التي يجوز القبول بها، والترضية التي يعدل بها المشرع من ترضية قائمة بما يقوض الحقوق الجوهرية التي أنشأها العقد؛ وإن تعين النظر في كل حالة على حدة على ضوء ظروفها وأوضاعها الخاصة، وبمراعاة أن الترضية الملائمة هي الكافية في إنصافها ومعوليتها^(١).

٥٣٠- على أن تعديل الدولة وفق ضوابط منطقية لشروط الترضية التي تجسّر الإخلال بالتزام نشأ عن العقد، لا يسقط عنها ولجبا في ضمان تنفيذ العقود، خاصة تلك التي تكون هي طرفا فيها^(٢). ذلك أن الإخلال بها يقوض حرية التعاقد ويهدم أساسها، فلا تكامل للعقود أجزاؤها. بل إن تدخل المشرع فيها ليحول دون تنفيذها، يخل -دون ما ضرورة- بالحقوق القائمة لأطرافها، من جهة إهدار المشرع للحقوق المالية التي أنشأها العقد والتي عول المتعاقدون عليها في إطار النظم القانونية القائمة. ومن ثم نفترض مخالفة هذا القانون للمستور.

٥٣١- ويظل الأصل هو حظر التدخل في العقود لتقويض بنيانها سواء كان هذا التدخل مباشرا أو غير مباشر - ما لم يكن هذا التدخل قد تم بصورة استثنائية، ومبرر لمصلحة قاهرة يقوم

(١) Richmond Mortg. v. Wachovia Bank, 300 U.S. 124 (1937).

(٢) لا يعتبر اسناد وطنية إلى القلم بالعلم، عقدا

Dodge v. Board of Education, 302 U.S. 74 (1937).

فالذين يسيئون في وظيفة عامة لا يملكونها، لا هي، ولا الحقوق التي تنتزع عنها، ما لم تكن من الحقوق المكتسبة.

الدليل عليها، ويشترط أن تكون التدابير الواقعة في نطاق هذا التدخل ملائمة، وأن ترتبط عقلا
 بوعاء هذه المصلحة ومتطلباتها^(١).

(^١) Home Building and Loan Association v. Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934).

المبحث الثاني

قضاء المحكمة الدستورية العليا

في شأن حرية التعاقد^(١)

٥٣٢- وترد المحكمة الدستورية العليا -في قضاء متواتر- حرية التعاقد، إلى الحرية الشخصية، وتنتظر إليها باعتبارها من فروعها ونواتجها. فلا تكون إلا من قبضها، حتى لتدخل في عموم معناها. وهي كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية بالنظر إلى الحقوق ترتبها. العقود فيما بين أطرافها.

فضلا عن أن الحرية الشخصية -وما يتصل بها من إرادة الاختيار، وعلى ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين.

وفي هذا الإطار تقرر المحكمة الدستورية العليا، المبادئ الآتية بيانها:

أولاً: أن ضمان الحرية الشخصية لا يقتصر على تأمينها ضد صور العدوان على البدن، وإنما هي صمام أمن كذلك ينسحب إلى أشكال متعددة من إرادة الاختيار وسلطة التقرير التي يملكها كل شخص، فلا يكون بها كالنا يحمل على ما يرضاه، بل بشراً سوياً.

بيد أن حرية التعاقد هذه -التي تعتبر في القضاء المقارن حقاً طبيعياً لازماً لكل إنسان تطويراً لإرادة الخلق والإبداع؛ وتحيازاً لطرائق في الحياة يختارها، ويكون بها أكثر اطمئناناً

(١) انظر في ذلك القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ يونيو ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٤ -ص ٦٧١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها، والقضية رقم ٢٥ لسنة ١٧ قضائية -جلسة ١٩٩٧/٨/٧- قاعدة رقم ٥٠ -ص ٧٧٥ وما بعدها من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ -قاعدة رقم ٦٤ ص ٩٣٣ وما بعدها من الجزء الثامن.

وانظر كذلك القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" -جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩١- قاعدة رقم ٦٥ -ص ٩٥٣ من الجزء الثامن؛ وكذلك حكمها رقم ٥٩ -ص ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن.

وانظر كذلك حكمها في القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية "دستورية" -جلسة ٢٠٠٠/٣/٤- قاعدة رقم ٦٠ -ص ٥٠٧ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع من مجموعة أحكامها.

لغده- يستحيل وصفها بالإطلاق، بل يجوز فرض قيود عليها وفقاً لأسس موضوعية تكفل متطلباتها دون زيادة أو نقصان.

فلا تكون حرية التعاقد بذلك إلا حقاً موصوفاً *A qualified right*. ذلك أن الحرية الشخصية لا يكفلها انصيابها دون عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولا علوها على مصالح ترجحها. وإنما يذنبها من أهدافها قدر من التوازن بين جموحها وتنظيمها، بين ترمدها على كوابحها والحدود المنطقية لممارستها، بين مروقتها مما يحد من اندفاعها، وردّها إلى ضوابط لا يملئها التحكم.

وفي إطار هذا التوازن، تتحدد دستورية القيود التي يفرضها المشرع على الحرية الشخصية. ذلك أن هذه الحرية ليس لها من نفسها ما يعصمها مما يكون ضرورياً لتنظيمها، وأن تعثرها لا يكون إلا من خلال قيود ترهقها دون مقتض.

ولا تنفد حرية التعاقد بالتالي، أن يكون لسلطان الإرادة دور كامل ونهائي في تكوين العقود، وتحديد الآثار التي ترتبها. ذلك أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام.

وقد يورد المشرع في شأن العقود -حتى ما يكون واقعاً منها في نطاق القانون الخاص- قيوداً يرفعها على ضوئها حدوداً للنظام العام لا يجوز اقتحامها. وقد يخضعها لقواعد الشهر أو لسنكسية ينص عليها. وقد يعيد إلى العقود، توازناً اقتصادياً اختل فيما بين أطرافها. وهو يتدخل إيجابياً في عقود بذواتها محورها من التزاماتها لتتصالحاً لمن دخلوا إليها من الضعفاء، مثلاً هو الأمر في عقود الإذعان والعمل، ولازال المشرع يقلص من دور الإرادة في عقود تقرر تنظيمها جماعياً ثابتاً *Contracts Collectifs* كذلك التي تتضمن تنظيمات نقابية، بما مؤدها أن المشرع أن يرسم للإرادة حدوداً لا يجوز أن يتخطاها سلطانها، ليظل دورها واقعاً في إطار دائرة منطقية، تتوازن الإرادة في نطاقها، بتوازي العدل وحقوق المصالح العام. ومن ثم لا تكون حرية التعاقد - محددة على ضوء هذا المفهوم- حقاً مطلقاً، بل موصوفاً. فليس إطلاق هذه الحرية وإغناؤها من كل قيد، بجائز قانوناً، وإلا آل أمرها سرباً أو تلفاتاً^(١).

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ٧ يولية ١٩٩٧- قاعدة رقم ٤٤ - حتى ٦٧٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ونظر كذلك القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٥٠- ص ٧٧٥- ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

Freedom of Contract is a qualified and not an absolute right. There is no absolute freedom to do as one wills, or to contract as one chooses.

وما تقدم مؤداه، أن ضمان الحرية لا يعنى غل يد المشرع عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن الحرية تقيد بالضرورة مباشرتها دون قيود جائزة Arbitrary restraints وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة، وتوسعها ضوابط حركتها^(١).

ثانياً: تلك هي النظرة الكلية لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن حرية التعاقد. ولكن المحكمة لا تقعد باجتهادها عند حدود هذه النظرة الكلية، ولكنها تفصلها وتعمقها بقولها:

إن حرية التعاقد فوق كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية؛ إنها كذلك وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أيًا كان المدين بأدائها. ولئن جاز القول بأن تأمين الجماعة لمصالحها في مجال الصحة والأمن ودعم آدابها ورخائها العام، قد يقتضيها إلغاء عقود لا اعتبار لها، كذلك التي تدعو للجريمة وتظلمها؛ أو التي تعزل دون حق تدفق التجارة في سوقها المفتوحة؛ وكانت السلطة التشريعية وإن ساغ لها استثناء أن تتناول أنواعا من العقود لتحيط ببعض جوانبها بتنظيم أمر يكون مستندا إلى مصلحة مشروعة؛ إلا أن هذه السلطة ذاتها لا يسمعها أن تدهم الدائرة التي تباشر فيها الإرادة حركتها، فلا يكون لسلطانها بعد هدمها من أثر.

ذلك أن الإرادة وإن لم يكن دورها كاملا في تكوين العقود وتحديد الآثار التي ترتبها، بل يجوز أن يتدخل المشرع ليصلها ببعض القيود التي لا يجوز الاتفاق على خالفها؛ إلا أن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها - والتي توازن انفلاتها بضرورة ضبطها بدواعي العدل وبحقائق المصالح العام - لا يجوز اغتيالها بتمامها، وإلا كان ذلك إنهاء لوجودها؛ ومحوا كاملا للحرية الشخصية في واحد من أكثر مجالاتها تعبيراً عنها، ممثلاً في إرادة الاختيار استقلالا عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها^(٢).

(١) القضية رقم ٨ لسنة ٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٥/٨/٥ - قاعدة رقم ٨ - ص ١٥١ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥، ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ثالثاً: وتمضي المحكمة الدستورية العليا في بيان الآثار القانونية لحرية التعاقد ليس فقط في صلتها بالمواطنين، بل كذلك من خلال تطبيقاتها في علاقة قانونية يكون طرفها أجنبياً. وتقول في ذلك:

إن التطور الراهن لحقوق الإنسان الأساسية، جعل منها جزءاً لا يتجزأ من المعايير الدولية التي تبنتها الأمم المتحدة كقاعدة للتعامل مع غير المواطنين المقيمين بها. فلا يجوز التمييز غير المبرر في مجال ممارستها، ولو كان من يطلبها أجنبياً.

وصار ثابتاً كذلك أن المعايير الدولية لا يجوز تفسيرها بأنها تخول أحداً، أن ينال من الحقوق التي تقيدها سواء بمحوها أو بإيراد قيود عليها تريد عن تلك التي ترتضيها الدول الديمقراطية. ذلك أن الحرية الشخصية، وما يتصل بها من إرادة الاختيار -وعلى ضوء الضوابط الموضوعية التي يحيطها المشرع بها- تقعان في نطاق الحقوق التي تكفلها المعايير الدولية لغير المواطنين الذين يملكون -في نطاق الأعمال التي خولهم المشرع حق تصريفها- حق اختيار وكلاء عنهم يديرونها لحسابهم وفق الشروط التي يرونها لكل لمصالحهم. فإذا حرمهم المشرع من هذا الحق، أخل بالحماية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة بنص المادتين ٣٢ و٣٤^(١).

رابعاً: وتكفل المحكمة الدستورية العليا كذلك حرية اختيار الزوج، والدخول في علاقة زوجية يتوافق أطرافها عليها من خلال العقد. وهي تؤسس حكمها في ذلك على الدعامات الآتية ببيانها^(٢):

* أن الحرية الشخصية أصل يهيم على الحياة بكل أقطارها، إذ هي محورها وقاعدة بنائها. ويندرج تحتها بالضرورة تلك الحقوق التي لا تكتمل الحرية الشخصية في غيبتها، ومن بينها الحق في الزواج لتكوين أسرة لا تتجاهل القيم الدينية أو الخلقية أو تقوض روابطها.

(١) القضية رقم ٣٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٥٠ - ص ٧٧٥، ٧٧٦ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٢٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/٣/١٨ - قاعدة رقم ٢٨ - ص ٥٦٧ وما بعدها من الجزء السادس.

أن الزوجين يمتزجان في وحدة يرتضيانها، ويتوجان بالوفاء جوهرها، ليظل نبضها متراميا على طريق نماها. وإذا كان الزواج على مضمونه ومرماه - عقيدة لا تنقسم عراها، أو تسين صلابتها، وتصل روابطها في خصوصيتها إلى حد تقديسها؛ فإن التدخل تشريعيا في هذه العلاقة للحد من فرص الاختيار التي تنشأ، لا يجوز لغير مصلحة جوهرية تسوغ بموجبها تنظيم الحرية الشخصية بما لا يهدم خصائصها.

* أن الحق في اختيار الزوج وثيق الاتصال بخواص الحياة العائلية، ويستحيل أن يكون واقعا وراء حدودها، إذ يتصل مباشرة بتكوينها. وهو كذلك من العناصر التي تتكامل بها شخصية الفرد، ويكفل من خلالها تحقيق إرادة الاختيار فيما هو لصيق بذاته، ليحدد ملامح توجهاته التي يستقل بتشكيلها. ولا يدعو إنكاره أن يكون إخلالا بالقيم التي تقوم عليها الحرية المنظمة، وبشروط الوسائل القانونية السليمة.

* أن الدستور وإن لم ينص على الزواج كحق، إلا أن كثيرا من الحقوق التي لا نص عليها فيه، تعتبر من فيض النصوص التي فكتها، وعلى ضوء هذا الاعتبار، يعتبر الحق في اختيار الزوج، مشمولا بالحماية التي يكتفلها الدستور لحرمة الحياة الخاصة، ومتصلا كذلك بحق كل شخص في تكوين الأسرة التي يصطفها، وأن يتخذ ولدا من خلال زواج باعتباره العلاقة الزوجية الوحيدة التي لا يوجد الولد إلا في إطارها.

خامسا: وتؤكد المحكمة الدستورية العليا بعبارة باترة، أن العقود التي يقيمها أطرافها وفق نصوص الدستور ذاتها، لا يجوز أن ينهيا المشرع، ولو عارضتها مصلحة أيا كان وزنها(١).

سادسا: وتعرض المحكمة الدستورية العليا لحرية التعاقد في ولحد من أخطر تطبيقاتها ممثلا في العلاقات الإيجارية التي تلور النصوص القانونية التي تحكمها، اتجاهها علما ببناء المشرع رحبا طويلا من الزمن في إطار من مفاهيم جائزة ما برح للمستأجرون على ضوئها، يرجحون مصالحهم على مؤجرين أضمر المشرع بحقوقهم، بتكثير في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعها بها -في كثير من جوانبها- حدود الاعتدال.

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٣٣ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" بجلستها المعقودة في ١٥/١١/١٩٩٧^(١)، تقرر للمحكمة أن حق المستأجر لا زال حافاً شخصياً مقصوراً على استعمال عين بذاتها في المنفعة المرسودة عليها، فلا يمتد هذا الحق إلى استغلالها إذا منعها أصحابها عن مستأجرين من خلال شرط اتصل بإجارة أبر موها معهم صريحاً كان هذا الشرط أم ضمناً.

فإذا خول المشرع وبناءً على قاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها - للحق في التأجير المغروش لكل مستأجر في الأحوال التي حددها، صار منتهياً حق من يملكون الأعيان المؤجرة في ألا يتولى آخرون سلطة استغلالها بغير إذن منهم. وفي ذلك عدول على الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية على صرح بنائها - بفواتها، فلا تكون الإجارة إلا إملاء ينالض أسسها.

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٧١ لسنة ١٩ قضائية بجلستها المعقودة في ٤/١٠/١٩٩٧^(٢)، تقرر هذه المحكمة، أن حرية التعاقد والحق في الملكية من الحقوق التي كفلها الدستور، وأن الأصل في الروابط الإجارية، أن الإرادة هي التي تنشئها، فإذا جردها المشرع من كل دور في مجال تكوين هذه الروابط وتحديد آثارها، كان تنظيمها أمراً منافياً لطبيعتها.

ولئن جاز القول بأن القيود التي فرضها المشرع على الإجارة، قد اقتضتها أزمة الإسكان وحدة ضغوطها، وضرورة التدخل لمواجهتها بتدابير استثنائية تستلزم من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها؛ وكان هذا التنظيم الخاص قد أصابها في كثير من جوانبها، مقيداً عمل الإرادة في مجالها - على الأخص في مجال تحديد مقدار الأجرة وامتداد الإجارة بقوة القانون - إلا أن الإجارة تظل - حتى مع وجود هذا التنظيم الخاص - تصرفاً قانونياً ناشئاً عن حرية التعاقد التي أهدرتها النصوص القانونية المطعون عليها من خلال إنفاذها - بقوة القانون - ببدل الأعيان السكنية المؤجرة في البلد الواحد - بين مستأجر وآخر، في الأحوال التي تبينها السلطة التنفيذية وفق الضوابط التي تضعها، فلا تكون الإجارة - على النحو المتقدم - عقداً يقوم على التراضي، بل إملاء ينالض أسسها ويقوضها.

(١) ص ٩٥٤ من الجزء الثامن.

(٢) ص ٨٧٨ وما بعدها من الجزء الثامن.

• وتأتي المحكمة الدستورية العليا بقاعدة جوهرية تؤكد بها أن التدابير الاستثنائية التي تحكم العلاقات الإجارية، لا يجوز أن تبقى أبداً على حالها، ولا أن تكون حلاً نهائياً لمشكلاتها، وأن التوازن في هذه العلاقات، ينبغي أن يكون قاعدة بنيانها، فلا ينقض للمشرع إطار هذا التوازن لمصلحة أحد أطرافها، مجانباً في ذلك حدود الاعتدال.

وهي تؤكد هذه المعاني بتقريراتها القاطعة والمباشرة التي تقول فيها بأن للتدابير الاستثنائية التي فرضها المشرع للحد من غلواء أزمة الإسكان، وإن آل أمرها إلى اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها مع تعلقها بالنظام العام لإبطال كل اتفاق على خلافها، إلا أن تطبيق هذه التدابير الاستثنائية يظل مرتبطاً بالضرورة التي أملتها بوصفها باعثة وإطراها. وما كان لسرياتها بالتالي أن ينفصل عن مبرراتها، ولا أن يزيد على قدر هذه الضرورة.

ولا يجوز بالتالي أن تعتبر هذه التدابير التي تدخل بها المشرع في العلاقات الإجارية من أجل ضبطها، حلاً نهائياً ودائماً لمشكلاتها، فلا يتحول المشرع عنها، بل عليه أن يبعد النظر فيها، وأن يحل عنها عند زوال مبرراتها، وأن تخلي هذه التدابير عندئذ مكانها لحرية التعاقد بوصفها الأصل في العقود جميعها.

وكما قدر المشرع إنهاء التدابير الاستثنائية التي كان قد فرضها في شأن الأعيان المؤجرة، دل ذلك على أن الاتفاق صار مهيئاً على شروط التعاقد. وهو اتفاق يكفي لاستعاده أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين^(١).

• وتصل المحكمة الدستورية العليا حدود الضرورة الاجتماعية للتدابير الاستثنائية في العلاقات الإجارية بقولها إن استلاب أموال الناس لا يتصور أن يكون حقاً لأحد، ولا أن تقرر الضرورة بعيداً عن حقيقتها.

فإذا أعاد المشرع العلاقات الإجارية إلى الأصل فيها بعد أن اختل التوازن بين أطرافها اختلالاً جسيماً، وغدا تنظمها الاستثنائي منافية لطبيعتها، متغولاً حدود التضامن الاجتماعي التي

(١) القضية رقم ٧٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٢/١ - قاعدة رقم ٢١ - ص ٣٢١ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

كفلتها المادة ٧ من الدستور، فإن عمل المشرع وقد رده الحقوق لأصحابها، وأقام ميزانها عدلا وإنصافا - لا يكون مخالفا للدستور.

* وتقيم المحكمة الدستورية العليا دعوى قضائها في شأن التوازن في العلاقات الإجبارية على أن الطبيعة الاستثنائية للقوانين التي درج المشرع على تنظيم هذه العلاقات من خلالها، لا تعصمها من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، ذلك أن هذه القوانين حتى مع اعتبارها من قبيل التنظيم الخاص لموضوعها، ملطها الضرورة الموجهة لهذا التنظيم الخاص.

ومن ثم تدور معها وجودا وعما تلك القيود التي ترتبط بها، وترتد إليها، باعتبارها مناسط مشروعتها. ويتعين بالتالي أن يقرر المشرع في مجال تنظيم العلاقات الإجبارية، من النصوص ما يكون كافلا للتوازن بين أطرافها، على أن يكون هذا التوازن حقيقيا لا صوريا، ولقما لا متحلا أو سريا، وأن يبلور التوازن في هذه العلاقات حقيقة قانونية لا مارة فيها، لضمان أن يكون التنظيم التشريعي لحقوق الموجرين والمستأجرين في دائرة هذا التوازن، منصفاً لا متحيفاً، متصفاً بالعلاقات الموضوعية، وليس متعلقاً بأدائها الشكلية.

ولا يجوز بالتالي أن يعدل المشرع من إطار العلاقات الإجبارية بما يمثل افتقاراً على حقوق أحد أطرافها، أو بإحراقاً عن ضوابط ممارستها، وإلا آل أمر النصصوص التي أقرها إلى البطلان^(١).

* وتقرر المحكمة الدستورية العليا كذلك أن حق مستأجر العين في استعمالها مصدره العقد دائما، ولا زال حقا شخصيا لا عينا يخل إلى سلطة مباشرة على العين المؤجرة ذاتها يمارسها مستأجرها دون تدخل من الموجر. فإذا تخلى المستأجر عن العين وتركها، زاولته الأحكام الاستثنائية التي بسطها المشرع لحمايته، ولم يعد لأحد إحياء حق في شغلها بعد أن صار هذا الحق منعدما. ولا يجوز في أية حال أن ينحدر المشرع بحقوق الموجر إلى مرتبة الحقسوق محدودة الأهمية، مرجحا عليها مصالح لا تدافعها، ولا تقوم إلى جانبها أو تنكأف معها، ومال حمايتها حرمان موجر العين منها حرمانا مؤيدا ترتبها على انتقال منفعتها إلى الغير انتقالا منتقلا متصلا في أغوار الزمن:

(١) للفتية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ١١ ص ١٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وهو بعد انتقال لا يعتد بإرادة المُوَجِّر في معنيها الحقيقي، بل يقوم في صورته الأكثر شيوعاً على التحايل على القانون، والتكليس على المُوَجِّر، وهو ما يعدّ لتسواء بالإجارة عن حقيقة مقاصدها، وإدراكاً لتوازن لا يجوز أن يخل بين أطرافها، وإجحافاً لغرباء عليها لتحريفها عن الحق، ونكولاً عن الصالح العام.

وكما أُلْحِقَ المشرع بالمُوَجِّر وحده الضرر اللبّين الفاحش، وقرر معاملة تفضيلية لأغريباء المستأجر الأصلي لاختصم بها دون مسوغ، ولصطفاهم من خلاها في غير ضرورة، فإنه بذلك يكون قد قدم بذلك للمنفعة المطلوبة على مخاطر يتعين توقّي سوءاتها ودرء أضرارها، حال أن دفع المضرة أولى، وعلى الأخص من خلال تولّي في العلائق الإيجارية يكون كافلاً مصالح أطرافها، غير مؤدّ إلي تكافرها^(١).

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ٢٢ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" بجلستها المعقودة في أول يناير ١٩٩٤^(٢). تقرر المحكمة الدستورية العليا أن ما نص عليه المشرع^(٣) من أن الأسبق إلى شراء وحدة من ملكها، ولو لم يكن قد سجل عقد شرائه لها، هو الأجدد بالحماية القانونية ممن ابتاعها مرة ثانية، لا مخالفة فيه للدستور. ذلك أن المشرع توخى بذلك أن يبطل كل بيع لاحق لعقد شرائها الأول إذا تعلق بالوحدة ذاتها، ولو كان البيع اللاحق لها مسجلاً.

وتؤسس المحكمة حكمها المتقدم، على أنه إذا باع الوحدة ذاتها مالكها إلى غير من تعاقّد معه أولاً على شرائها، كان ذلك تعاملًا فيها يقوم على التحايل والانتهاز. وهو ما دعا المشرع إلى إبطال البيوع اللاحقة على العقد الأول، باعتبار أن مطها صار من الأموال التي لا يجوز للتعامل فيها بمقتضى قاعدة أمره ناهية فرضها المشرع على أسس موضوعية، بعد أن شاع التعامل في

(١) القضية رقم ٦ لسنة ٩ قضائية "مستورية" - جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٥٤٢ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ١٠٥ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير الأماكن، على أن يعاقب بغرامة جرمية النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتقاضى بيلة صورة من الصور، بذاته أو بالواسطة، أكثر من مقدم عن ذات الوحدة، أو يوزجها لأكثر من مستأجر، أو يبيعها لغير من تعاقّد معه على شرائها. ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً.

يقترن بأيهما. ومن ثم تظهر المسؤولية العقابية باعتبارها جزء إخفاق المدين في تنفيذ عقد نشأ صحيحا ملزما. وهي تتحقق بتوافر أركانها.

وليس ثمة ما يحول بين المشرع وأن يقيم مسؤولية جنائية إلى جانبها. فلا يكون اجتماعها معا أمرا عسويا أو مستبعدا، بل متصورا في إطار دائرة بذاتها، هي تلك التي يكون فيها الإخلال بالترام نشأ عن العقد، قد أضر بمصلحة اجتماعية لها وزنها.

وهو ما يعني أن الدستور لا يتضمن قاعدة كلية أو فرعية تحول دون تدخل المشرع لتأثيم واقعة للذكول عن تنفيذ للترام لم ينشأ مباشرة عن نص القانون، وإنما كان للعقد مصدره المباشر، وبشرط أن يكون هذا التأثيم قد حدد بصورة قاطعة أركان الجريمة التي أحدثها المشرع.

ثالثا: أن الحرية الشخصية التي يكفلها الدستور، لا تخول حقا مطلقا لأحد، في أن يتحسّر نهائيا في كل الأوضاع أيا كانت ظروفها، وفي كل الأوقات أيا كان زمنها، من القيود عليها. وإنما يجوز كبجها بقيود تتحدد جوانبها، تقتضيها أوضاع الجماعة وضرورة صون مصالحها، وتتطلبها كذلك أسس تنظيمها، ودون إخلال بأمن أعضائها.

رابعا: أن العقوبة التي فرضها المشرع على من يخلون -دون مقتضى- بالترامهم بتسليم الوحدة التي باعوها، في الموعد المحدد لتسليمها، لا مخالفة فيها للدستور. ذلك أن الجزء الجنائي يعتبر عقابا واقعا بالضرورة في إطار اجتماعي، منطويا غالبا من خلال قوة الروع على تقييد الحرية الشخصية، ومستندا إلى قيم ومصالح اجتماعية تبرزه، كذلك التي تتعلق بحظر التعامل في بعض الأموال تحايلا، بما يقوض الحماية القانونية المقررة لها.

ومرد للتجريم المقرر بالفقرة المطعون عليها^(١) إلى الضرورة الاجتماعية. فقد أحاط المشرع -ومن خلال الجزء الجنائي- البيوع التي يكون محلها وحدة سكنية في عقار، بما يكفل

(١) هي الفقرة الثالثة من المادة ٢٣ من القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة ببيع وتأجير المساكن، التي تنص على أن يعاقب بعقوبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات، المالك الذي يتخلف دون مقتضى، لمن يتسلم الوحدة في الموعد المحدد، فضلا عن إلزامه بأن يؤدي إلى الطرف الآخر على المقدم.

صدق هذه الببوع وبأى بها. فلا يكون هذا التعامل زيفا أو تريحا غير مشروع، لتعابش هذه الببوع الأغراض التي يرتجيبها المتبايعون منها، فلا يتوهمها أطرافها على غير حقيقتها.

وفترض الجزء الجنائي المقرر بالفقرة للمطعون عليها، أن مالكا قد اختار ألا يقوم بتسليم الوحدة التي باعها في الموعد المحدد. ولا تؤثر الفقرة المطعون عليها واقعة تخلفه عن التسليم في ذلكها، بل ملوكا اتصل بها، وكان مؤديا إليها.

خامسا: أن الجزء الجنائي لا يكون مخالفا للامستور، إلا إذا لخل لتعامل بصورة ظساهرة *la disproportion manifeste* بين مداه من جهة، وطبيعة الجريمة التي تطلق بها من جهة ثانية.

سادسا: أن ما تنص عليه المادة ٢٠٦ من القانون المدني من أن الالتزام ينقل حق عيني، يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى للتسليم، مؤداه أن التزامين ينفرعان عن الالتزام الأصلي بنقل الملكية.

أولهما: محافظة بائع العين عليها إلى حين تسليمها.

وثانيهما: تسليمها فعلا إلى من ابتاعها. ويتمحض التزام الأول عن الالتزام ببذل عناية. أما ثانيهما فهو التزام بتحقيق غاية بذاتها، فلا يستبر تسليمها قد تم صحيحا إلا إذا تمكن مشتريها من حيازتها والانتفاع بها دون عائق، ولو لم يستول عليها استيلاء ماديا .

وقد قدر المشرع أن امتناع البائعين للعين دون مقتض عن تسليمها، ليس إلا صورة من صور للتكليس في الأعم من الأحوال، يقرنها انتقاعهم بالأعيان التي باعوها، واحتفاظهم بشئها دون مقابل يعود علي مشتريها منها، وإعادة بيعها أحيانا. فلا يكون التزامهم بالتسليم ناجزا، بل متراخيا. ومن ثم تدخل المشرع بالجزء الجنائي لحمل البائعين علي إيفاء تعهداتهم ما استطاعوا، فلا ينطلق الطريق إلى إنفاذها، ولا ينال الجمود مسراها، وعلي الأخص كلما كان شراء العين بقصد استغلالها واستعمالها، ولغا لأغراض الإسكان.

سابعا: توخي المشرع بالجزء الجنائي المقرر بالفقرة للمطعون عليها، مواجهة امتناع بائع العين عن تسليمها أو تراخيها في ذلك عن الموعد المحدد. وجعل المشرع يقساع هذا الجزء مشروطا بالأ يكون الإخلال بالالتزام بالتسليم ناشئا عن سبب أجنبي. ولا مخالفة في ذلك للامستور،

ولو غير النص الجنائي -في مجال تطبيقه- بين أحكام المسؤولية الجنائية من جهة و المسؤولية المدنية من جهة ثانية. ذلك أن المسؤولية المدنية تتحقق إذا لم يتم التسليم كاملاً بحيث إذا هلك المبيع أو تلف قبل تسليمه، ولو بسبب أجنبي، ظل البائع مسؤولاً.

ولا كذلك المسؤولية الجنائية المقررة بالفقرة المطعون عليها. ذلك أن ما تغناه المشرع من وراء تقرير هذه المسؤولية، هي أن يرد عن التعامل للمشروع في الأعيان التي عاها، أي أنها تنفذ التحليل منها. فإذا انقطع دابره لعذر قام ببيعها، وحال دون تسليمه العين لمشتريها في الموعد المحدد، فإن اعتباره مسئولاً جنائياً عن عدم تسليمها، يكون أمراً محظوراً دستورياً. ذلك أن وقوع جريمة ما، يفترض إرادة ارتكابها^(١).

* وفي حكمها الصادر في القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية دستورية، تقرر المحكمة الدستورية العليا أن حق من يملكون الأعيان المؤجرة في استغلالها من خلال عقود إيجار يبرمونها في شأنها، مؤداة حربتهم في اختيار من يستأجرونها، وكذلك في تحديد أوجه استعمالها، فلا يغير مستأجروها هذا الاستعمال بإرادتهم المنفردة لتتحول الأماكن التي اتخذوها سكناً إلى أماكن مهياة لغير أغراض السكنى بغير موافقة مالكيها، وهو ما يناقض الدستور. ذلك أن حق المستأجر لإزال حق شخصياً مقصوراً على استعمال عين بذاتها بما لا يجاوز الغرض من الإجارة.

فلا يمتد إلى سلطة تغيير استعمالها بغير موافقة مالكيها، وبالمخالفة لشرط اتصال بالإجارة -صريحاً كان هذا الشرط أو ضمنياً- حكماً جاوز هذا الشرط الحدود المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تمتنع الحرية الشخصية -في صحيح بنائها- بفواتها^(٢).

تلك صور من تكل المحكمة الدستورية العليا لإنهاء القيود غير المبررة على حرية التعاقد. وهي بذلك ترعي جوهر هذه الحرية، وتقيم دعائمها بما يكفل للإرادة الحرة حركتها في مجالها الطبيعي، فلا يقيد المشرع لو ينال منها، إذ هي الأصل في الحرية الشخصية التي تحتبر إرادة الاختيار من أبرز ملامحها.

(١) أصدرت المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٥٢ لسنة ٢٠ قضائية حكماً على نط حكمها الصادر في القضية ٤٨ لسنة ١٨ قضائية. وقد صدر الحكم الثاني في شأن من يؤجر الوحدة السكنية أكثر من مرة.

(٢) القضية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠ قضائية دستورية جلسة ٤ مارس ٢٠٠٠ - قاعدة رقم ٦٠ - ص ٥١ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء التاسع.

الباب الثانيالشرعية الدستورية في الظروف والأوضاع الاستثنائيةالفصل الأولالدولة وأزماتها الخطيرةالمبحث الأولطبيعة الأوضاع الاستثنائية في إطار نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٣٣- ويظل أصلاً ثابتاً أن الأوضاع الاستثنائية، قد تبلغ وطأتها حد تهديد وجود الدولة ذاتها، أو تعطيل مؤسساتها عن مباشرة وظائفها. ومن شأن هذه الأوضاع -التي تواجها بمحض الدلائل بنصوص خاصة- أن تفرض قيوداً باهظة على حقوق المواطنين وحرياتهم، بقدر حدة هذه الأوضاع وتأثيرها على أكثر المصالح القومية أهمية، وليلغى اتصالاً بكيان الجماعة وتماسكها وتلاحم قومياتها، أو تكامل أجزاء إقليمها. وهو ما حرص الدستور الفرنسي على تنظيمه بنص المادة ١٦ -التي تقابل نص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر- ذلك أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي يجري بالصيغة الآتية:

"إذا تهددت مؤسسات الجمهورية أو تهدد استقلال الأمة، أو تكامل الإقليم أو تنفيذ التعهدات الدولية، على وجه جسيم وحال، وكان السير المنتظم لسلطاتها العامة الدستورية قد انقطع، جاز لرئيس الجمهورية أن يتخذ -بعد التشاور مع رئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، وكذلك المجلس الدستوري- التدابير التي تقتضيها الظروف، ويوجه رئيس الجمهورية بياناً إلى الأمة.

ويتعين أن تصدر هذه التدابير مستوحاة إرادة أن تعود المؤسسات الدستورية العامة إلى العمل لتحقيق المهام التي تتولاها في أقرب وقت مستطاع.

ويؤخذ رأى المجلس الدستوري في شأن هذه التدابير. ويتخذ البرلمان بقوة القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء مباشرة رئيس الجمهورية لهذه السلطة الاستثنائية".

٥٣٤- تلك هي المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التي يراها بعض الفقهاء^(١) من إحياء الجنرال ديغول؛ وأنها في حقيقتها دستور داخل الدستور. ولئن صح القول بأن ما نتوخاه، هو ضمان بقاء الدولة إذا واجهتها مخاطر من طبيعة استثنائية، إلا أن صيغتها تقتصر إلى التحديد؛ وإلى ضوابط لا تتحمل التأويل، وإلى صورة واضحة تتكامل بها أجزاؤها، ولا تظهر حقيقة أبعادها إلا من خلال تطبيقها.

ولم تعرض اللجنة الدستورية الاستثنائية على مشروع هذه المادة التي ناقشتها في حضور الجنرال ديغول. وكان غريبا ألا تثير تساؤلا حول حقيقتها كص يتلبي على مفاهيم دستورية تقليدية اعتنقتها فرنسا دوما، مانعة بها رئيس الجمهورية من احتكار مظاهر السلطة في يده، ولو واجهته أوضاع استثنائية تقاربها مخاطر داهمة. ذلك أن صون الدولة من عوارض تهديدها، وإن كان مطلبا حيويا، إلا أن أفراد رئيس الجمهورية يدفعها من خلال تدابير يتخذها، بإقراض طبيعة النظم الديمقراطية، ويقوض بنيانها. إذ يؤول إلى تركيز السلطة بدلا من توزيعها وتفرقها. وفي ذلك خطر كبير على الديمقراطية إذ يجنح بها إلى أعاصير لا تؤمن عواقبها.

ولعل الجنرال ديغول -وقد جاهد بضراوة لتحرير فرنسا من النازية- أراد أن يكرس من جديد -من خلال نص المادة ١٦ المشار إليها- المفاهيم الشخصية التي آمن بها، والتي تقوم على تمحور الدولة حول رئيسها أو زعيمها، وتجمعها وراءه باعتباره كافلا استقلالها واستقرارها، ورمز كرامتها الأعلى، وصمام أمانها في مواجهة المخاطر على اختلافها. حتى إذا دهمتها، ظل طودا منتصبا وشامخا يشق لها طريقها من جديد، لتعود إلى مباشرة وظائفها التي عطلتها هذه المخاطر، أو يقيتها.

وكان ضروريا بالتالي أن تصاغ المادة ١٦ من الدستور الفرنسي من خلال مفاهيم إجمالية لا تسعى في كل تطبيقاتها؛ ولا تستغرق صور الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة جميعها، ولا تحيط بكل جوانبها وأقطارها.

ذلك أن أحكامها تصور درجة من المخاطر العريضة في مسلسلها بأعمق المصالح القومية وأكثرها أهمية.

(١) Jean chatelain, la constitution de la Republic Française, 2e édition, Economica, pp. 541-553.

٥٣٥- ومن ثم كان مناط تطبيقها اجتماع شرطين فيها:

أولهما: أن تبلغ هذه المخاطر في عنفها وقوتها وفداحتها، حدا يؤكد جسامتها وإضرارها المباشر بمصالح قومية حيوية، فلا يكون أثرها ضئيلا، ولا توقعها متصورا، لتظهر خطورتها من زاوية طبيعتها المفاجئة من جهة، وتعدر دفعها بالوسائل القانونية المعتادة من جهة ثانية، بما يجعلها مخاطر وخيمة عواقبها، ماثلة بنظرها وعمق وطأتها.

ثانيهما: أن يكون من أثر هذه المخاطر -في صلتها بالدولة- انقطاع مؤسساتها الدستورية العامة عن مباشرة وظائفها.

وليس شرطا أن تصيبها جميعا بما يطلها في كل جوانبها، ولا أن تحيط بها بصورة كاملة تعجزها تماما عن العمل.

وأية ذلك أن الثورة التي قام بها فريق من الجيش الفرنسي في الجزائر انقلابا على حكومتها الشرعية، لم تعطل الحكومة القائمة في الوطن الأم، أو تعجزها عن مباشرة وظائفها، ولا أفقدتها القدرة على مواجهة هذه الثورة، ومحققا بالقوة.

بيد أن مجرى الإعلان عن هذه الثورة، وتعدبها على الحكومة الشرعية في الجزائر، كان نذير خطر على الجمهورية يهدد باقتلاع أسسها، ومحو كيائها. وكان ضروريا بالتالي مواجهتها بوسائل استثنائية ثلاثتها.

وفي إطار هذين الشرطين، كان منطقيا أن تفسر المادة ١٦ من الدستور الفرنسي بما يكفل مرونتها، ويؤكد اتساعها لأوضاع استثنائية يستحيل حصرها، وإن كان لها خطرها. فلا يكون رصد هذه الأوضاع وتبويبها في الدستور، مفيدا أو ممكنا. إذ هي مخاطر من نوع خاص، تتداح عواقبها بما يؤكد تراميها، واتساع دأقرتها، وعمق أثارها وتتبعها، فلا يكون اقتلاع جذورها إلا تعبيرا عن رفض القبول بها، وضرورة وألها في مهادها، أو توقي تقاليم نتائجها.

وإذا كان ديغول قد أخذ ثورة رجال الجيش في الجزائر، وكان قائمتها قد فروا هاربين أو اعتقلوا، وامتلئ من تبعهم من الجند لكلمة القانون، إلا أن ذلك قد تحقق من خلال نص المادة ١٦ من الدستور التي نخل تطبيقها -لأول مرة- حيز التنفيذ.

٥٣٦- وقام الدليل بصورة واقعية -ومن خلال هذا التطبيق- على أن من الصعوبة بمكان، تحديد الأوضاع الاستثنائية التي تولجها الدولة في زمن معين؛ وأن بيان ماهية هذه الأوضاع إنما يتأتى من منظور مفاهيم إجمالية تنشأ بها، ولا تفصلها، أو تحددها بصورة قاطعة.

ولا كذلك للشروط الشكلية التي لحاظ بها الدستور نص المادة ١٦ المشار إليها. ذلك أن الدستور بينها بصورة جلية لا خفاء فيها بما أوجبه على رئيس الجمهورية من أن يستتير - قبل مباشرته لسلطته الاستثنائية المنصوص عليها في هذه المادة -بأراء تخالطها الصبغة السياسية والقانونية.

فالآراء القانونية هي التي يبدئها المجلس الدستوري لرئيس الجمهورية في شأن موضوع التدابير التي قرر اتخاذها. وهو يحصل على المعونة السياسية من أهلها الذين يمثلهم رئيس مجلس الوزراء، ورئيس كل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ. فلا تريد هذه الآراء السياسية والقانونية عن مجرد مشورة يبدئها أصحابها لرئيس الجمهورية في شأن توافر الشروط الموضوعية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور أو تخلفها.

ومن ثم تباور الشروط الشكلية التي تنحصر أساساً^(١) في أخذ آراء الأشخاص الذين عينتهم هذه المادة، صورة من صور الرقابة القانونية والسياسية على تقدير رئيس الجمهورية في شأن تحقق الأوضاع الاستثنائية وإمكان التدخل لمواجهتها بتدابير من جنسها.

وتبدو أهمية الرقابة القانونية، في أن المشرع أصدر في ١٩٨٥/١١/٧ قانوناً عضوياً توخى به أن يكون مكملاً لنص المادة ١٦ من الدستور، وذلك بما تنص عليه المادة ٣٨ من هذا القانون، من أن الآراء التي يبدئها المجلس الدستوري الفرنسي في شأن موضوع التدابير التي يعززم رئيس الجمهورية اتخاذها، يتعين تسبيبها ونشرها.

بما يوفر ضماناً جوهرياً غايته ألا تنفصل هذه التدابير عن موجباتها، وألا تكون شرعيتها الدستورية -حتى في إطار المفاهيم التي تقتضيها الأوضاع الاستثنائية- مشكوكاً في صحتها.

(١) من بين الشروط الشكلية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، أن يوجه رئيس الجمهورية رسالة إلى الأمة.

وإذا كان نص المادة ١٦ من الدستور، قد فرض صوراً من الرقابة القانونية والسياسية على رئيس الجمهورية على نحو ما قدمناه، فإن حكمها قيده كذلك بنوع من الرقابة الشعبية. يتمثل في توجيه رئيس الجمهورية رسالة إلى مواطنيه يبنّهم فيها بالأوضاع الاستثنائية التي يعايشها الوطن.

ومن المفترض في رسالته هذه، أن يكون مضمونها محدداً -على الأقل- من جهة الخطوط الرئيسية لهذه الأوضاع، وطبيعة المخاطر التي تقارنها، ونوع أو مجمل التدابير التي تتخذ لإنهائها، وأن يقع ذلك كله بقدر كبير من الوضوح.

تلك هي الشروط الشكلية لإعمال نص المادة ١٦ من الدستور من الزوايا السياسية والقانونية والشعبية. ويظل ثابتاً أن هذه المادة لا يرتبط نطاق تطبيقها بمفاهيم جامدة؛ ولا تقوم نظرية مجردة صاغها أصحابها بعيداً عن الحقائق الواقعية.

ذلك أن الناحية التطبيقية لتلك المادة، هي التي تبين صور اللجوء إليها؛ والضوابط التي ينبغي أن تحكمها؛ وكذلك مظاهر قصورها؛ وعلى الأخص فيما يتعلق بدور البرلمان بعد إعلان رئيس الجمهورية عن قيام أوضاع استثنائية خطيرة في آثارها، وهو ما نعالجه تباعاً في المباحث الآتية:

المبحث الثاني

قصور الجوانب الفنية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٣٧- يتخذ قصور المادة ١٦ من الدستور الفرنسي في جوانبها الفنية- مظاهر ثلاثية؛ يتعلق أولها بكيفية إنفاذ حكمها؛ وثانيها بمضمون التكاليف التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يتخذها بمناسبة تطبيقها؛ وثالثها بزم بقاء هذه التكاليف بعد انتهاء الأوضاع الاستثنائية التي تطلبها.

المطلب الأول

كيفية إنفاذ حكمها

٥٣٨- يأتي تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي في إطار مفهوم عام يعطى لرئيس الجمهورية مركزا حيويا في الدولة.

وهو مفهوم يبيلوره كذلك نص المادة (٥) من هذا الدستور التي تجعل لرئيس الجمهورية أمينا على احترام الدستور؛ كافلا للدولة استمرارها؛ وحكما بين سلطاتها لضمان انتظامها؛ وحارسا لاستقلالها، بصون تكامل إقليمها، ويعمل على تنفيذ تعهداتها الدولية.

وهذا المركز الخاص لرئيس الجمهورية، هو ما تردده الأفكار التي تقوم عليها المادة ١٦ من الدستور، والتي تنقسم بتركيز سلطة استثنائية خطيرة أبعادها في يد رئيس الجمهورية، وكذلك بغموضها في شأن ضوابط الأوضاع الاستثنائية التي تحدد بالدولة وتسوغ تطبيقها. فضلا عن تجهيلها بمظاهر انقطاع مؤسساتها عن السير المنتظم.

ويزداد الأمر غموضا من ناحيتين:

أولاهما: أن الأوضاع الاستثنائية التي تواجهها الدولة وتدهمها لتحيط بها، فلما يكون توقعها ممكنا، سواء في نذرها أو في مجال الدائرة التي تمتد إليها آثارها، وعلى الأخص بعد تطور المخاطر في حداثها، وتعدد الوسائل العلمية التي تقضى إليها، وإمكان وقوعها دون بصر بمقدماتها، لا سيما بعد تطور الطاقة النووية؛ وتزايد فرص استخدامها في الأعمال الحربية أو الانتقامية؛ وإمكان شراء بعض الدول لها بالمال؛ واتساع مفهوم الجريمة في أشكالها المنظمة،

ونظمها السرية، وضرباتها المفاجئة في إطار خطط أحكم تكييفا مع تحذر السيطرة عليها بالنظر إلى خفائها.

وصار ثابتا -علي ضوء ما تقدم- أن التنبؤ بكل صور المخاطر، يكاد أن يكون أمرا مستحيلا، وأنه حتى مع توافر بعض الذر التي تعتبر من إرهاباتها، إلا أن تشخيصها وقوفها على كامل أبعادها، كثيرا ما يكون وهما.

ثانيتهما: أن نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، يثير من ناحية أخرى صعوبة تتعلق بالشروط الموضوعية لتطبيقها.

ذلك أن المخاطر التي تعرض للدولة، قد لا تصل جسامتها إلى حد تعويق مؤسساتها عن مباشرة وظائفها.

ومن ثم حرص الدستور الفرنسي على أن يعتبر انقطاع مؤسساتها هذه عن السير المنتظم محددا علي ضوء خصائص نشاطها، شرطا مضافا إلى شرط حدة المخاطر التي تحيط بالدولة وتهدد استقرارها، فلا تقوم الأوضاع الاستثنائية التي تبرر تدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها إلا باجتماع هذين الشرطين.

بيد أن نص المادة ١٦ من الدستور خلا من كل تحديد لمفهوم انقطاع المهام التي تقوم للدولة عليها من خلال سلطاتها الدستورية، وإن تعين القول بأن هذا الانقطاع، ولو لم يكن كاملا، إلا أن تدخل رئيس الجمهورية لمواجهته يظل مبررا، كلما نجم عن عوارض خطيرة في نوعها وأثارها إذا كان لا يستطيع توقعها، وكان لها من وطأتها وغلواها، ما يجعل للتدخل بالوسائل القانونية المعتمدة لإزالتها، عقما.

وتظل الشروط الشكلية التي فرضها نص المادة ١٦ من الدستور كقيد على مباشرة رئيس الجمهورية لسلطاته الاستثنائية، أكثر شروط تطبيق هذه المادة وضوحا وأقطعها فسي بيان متطلباتها.

بيد أن هذه الشروط ذاتها التي أحكم الدستور صياغتها ليحدد دلالتها تحديدا جازما، يحییها أن جمودها يفترض بالضرورة أن تتوافر جميعها قبل أن يقبض رئيس الجمهورية بيده على أكثر

مظاهر السلطة خطيرة، وأعماقها أثرا في حياة المواطنين وحرياتهم. وهو الافتراض قلما يتحقق على الأخص في حالتى الغزو الخارجي أو العصيان الداخلى إذا كان من شأنهما اعتقال رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ مثلا، أو لقتحام المجلس الدستوري بما يعطل مباشرة لوظائفه جميعها، فلا تكون الشروط الشكلية التى تطلبها المادة ١٦ من الدستور، إلا مجافية لحقيقة بعض الأوضاع الواقعية، وحللا دون مرونة مواجهتها بالتدابير اللازمة.

المطلب الثانى

حقيقة التدابير التى يجوز اتخاذها على ضوء نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

يحيط بهذه التدابير قودان:

٥٣٩- أولهما: قيد موضوعى مؤداه، أن تصدر التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية فى مجال تطبيقه لنص المادة ١٦ المشار إليها، عن إرادة توفير الوسائل الكافية التى تعود بها كل سلطة دستورية -ردون ما يطاء- إلى مباشرة وظائفها^(١). وهذا الغرض المخصص، هو ما يتعين أن تتوخاه تلك التدابير، فلا تعمل لتحقيق سواء، وإلا كان ذلك انحرافا من رئيس الجمهورية عن حدود سلطاته الاستثنائية المنصوص عليها فى المادة ١٦ من الدستور. وهى حدود تنحصر فى إعادة النظام إلى الدولة من زاوية دستورية. ولا تخول رئيس الجمهورية بالتالى تعديل الدستور انقلابا على أحكامه^(٢).

(١) يلاحظ أن الانقلاب الذى وقع فى الجزائر من قبل فريق من الجيش الفرنسي، لم يستمر أكثر من أربعة أيام، وفى السادس والعشرين من أبريل ١٩٦١ استعادت الحكومة الشرعية سلطتها بعد أن ألغيت حولها أغلبية الشعب الفرنسي، وقطاع كبير من الجيش. ومع أن الحرب فى الجزائر لم تكن قد انتهت بعد، إلا أن العودة إلى الشرعية الدستورية هى التى مكنت الشعب الفرنسي من التكتل حول الجمهورية الخامسة، وقصد فوض الشعب -من خلال استفتاء عام- الرئيس ديغول فى اتخاذ التدابير الملائمة لضمان حق تقرير المصير للجزائريين.

(٢) يقول الأستاذ جدى ثابت غبريل فى ص ٧٤ من رسالة الدكتوراه التى أعدها حول موضوع سلطات رئيس الجمهورية طبقا لنص المادة ٧٤ من الدستور والرقابة القضائية عليها، بأن من غير الملتقى أن يقن الدستور نظرية دستورية ينتهى إصالتها إلى المساس بأحكامه حيث لا يسوغ أن تمحو أحكام الدستور بعضها بعضا ولا أن تتناقض.

والذين يقولون بجواز تعديل رئيس الجمهورية للمستور تأسيسا على ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضيتته^(١) Heyries من أن اختصاص رئيس الجمهورية بتنفيذ القوانين، يفيد إمكان الامتناع عن تطبيقها -مخطئون- ذلك أن تنفيذ رئيس الجمهورية للقوانين بما ليس فيه تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها، يعتبر واجبا دستوريا لا ترخص فيه. وليس الامتناع عن تطبيق القانون إلا إداريا سلبيا لأحكامه، لا يقل سوءا عن مخالفتها بالخروج عليها. ولا يجوز بالتالي أن يعزل رئيس الجمهورية القضاء الذين كفل الدستور حصانتهم، ولو بادعاء تمردهم على الدولة وحضهم على عصيائها. ذلك أن تكذيبهم لا يجوز أن يقع إلا وفقا للمستور والقانون.

ثانيهما: قيد شكلي موداه، أن كل إجراء يتخذه رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٦ من الدستور، يعتبر قرارا ينشر في الجريدة الرسمية لضمان اتصال الكلفة بمضمونه وتعريفهم بفحواه.

وليس بشرط أن يوقع على هذا القرار -إلى جوار توقيع رئيس الجمهورية- رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسئولون - كل فيما يخصه - Contresigner.

ذلك أن المادة ١٩ من الدستور تقضى بأنه فيما عدا أعمال رئيس الجمهورية الصادرة وفقا لأحكام المواد ٨ / ١١، ١٢، ١٦، ١٨، ٥٤، ٥٦، ٦١ من الدستور، يوقع رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المسئولين عند الاقتضاء، على كل قرار يتخذه رئيس الجمهورية.

ودلالة هذا الاستثناء، أن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية إعمالا لنص المادة ١٦، لا تحتل التأخير بطبيعتها بالنظر إلى الأوضاع التي تلازمها. فإذا عرضها رئيس الجمهورية على رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المختصين، وتربص توقيعهم عليها، زال عنصر المفاجأة عنها، فلا يكون وقعها مؤثرا في إجهاض المخاطر التي لفزتها الأوضاع الداهية التي تحيط بالدولة، وتهدد بتقويض سلطاتها الدستورية.

ولو أن المناوئين للدولة، أدركوا التدابير التي قرر رئيس الجمهورية اتخاذها قبل مسريان مفعولها، لربما تحوطوا توقيلا لأثارها، بما يجردوها من كل فائدة عملية يرتجىها رئيس الجمهورية منها.

(١) صدر حكم المجلس في ٢٨ يونيو ١٩١٨.

كذلك فإن استثناء هذه التدابير من الأصل للمقرر بنص المادة ١٩ من الدستور، موداه إطلاقها من القيود التي تتلقى طبيعتها، أو تعطّل الأغراض المقصودة منها، والتي لا يندرج تحتها استشارة المجلس الدستوري في شأن موضوع هذه التدابير^(١) Consulté ou sujet des mesures prises.

المطلب الثالث

زمن بقاء الأوضاع الاستثنائية أو التدابير التي تتصل بها

٥٤٠- يقدر رئيس الجمهورية في نطاق سلطته التقديرية، وحدود سلطته السياسية- تحقق الأوضاع الاستثنائية أو تخلفها، ويحدد كذلك نوع التدابير التي يجوز أن يتخذها لمواجهة. ذلك أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور، استثنائية بطبيعتها. وهو يترخص في مباشرتها. لإنهاء أوضاع خطيرة قدر عواقبها. ويفترض عكلا بقاء هذه الأوضاع إلى أن يقرر رئيس الجمهورية زوالها.

ولا كذلك ما يتخذه رئيس الجمهورية من التدابير التي قدر ضرورتها لمواجهة مخاطر قائمة وعاصفة من شأنها تهديد الدولة في عناصر وجودها، وأخصها مؤسساتها التي لا يجوز تعطيل وظائفها.

ذلك أن الذين يذهبون إلى سقوط هذه التدابير، وزوال كل أثر لها بمجرد إعلان رئيس الجمهورية عن إنهاء الأوضاع الاستثنائية التي تقتضها، لا يميزون بين ما يكون من هذه التدابير فرديا، وما يتخذ منها صورة للقواعد القانونية. إذ يسقطونها في كل أشكالها -إيا كان نوعها- تبعا لزوال الضرورة التي قررتها.

ووجهة النظر هذه يعيها، أن التدابير الفردية تتعلق في الأعم من تطبيقاتها بأشخاص بذواتهم كل لهم دور في التحريض على العصيان أو تدبيره، أو في تطويل المصلحة الدستورية في الدولة، سواء بالقوة أو بالتهديد باستعمالها، بما يمنعها من مباشرة وظائفها، ومن ثم كان منطقيا أن تبقى هذه التدابير -الشخصية في طبيعتها وخصائصها- حتى بعد انتهاء المخاطر، كجزاء على أفعال قارفا مرتكبوها. شأنها في ذلك شأن التدابير الفردية التي تصدر في مجال تطبيق للقاعدة

(١) يصدر رئيس الجمهورية بدياجة كل تدبير بالعبارة الآتية *le conseil constitutionnel consulté* أو بعبارة *le conseil constitutionnel entendu* دون أن يعرف أحد كله الخلاف بين هذا التعبير أو ذلك.

القانونية على المخاطبين بها، إذ تظل هذه التدابير محمولة على صحتها حتى بعد تعديل هذه القاعدة أو محوها.

فإذا لم يكن للتدبير فرديا، بل كان في شكل قاعدة قانونية مجردة، فإن افتراض بقاءه بعد زوال هذه المخاطر، يكون عملا مخالفا للقانون أو الدستور. إذ الضرورة تقدر بقدرها؛ ولأن كل سلطة استثنائية ينبغي حصرها في حدود الأغراض المقصودة منها.

ويفترض في القواعد القانونية التي يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة مخاطر بنواتها، أنها تدابير تقتضيتها الضرورة التي أملتها. فإن لم يعد لهذه المخاطر من وجود، دل ذلك على استنفاد هذه القواعد لأغراضها^(١).

(١) أنظر في ذلك ص ٩٤٥ من المقالة التي نشرها Jean Chatelain في الطبعة الثانية من مؤلفه وعنوانه

المبحث الثالث

دور البرلمان إبان تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

٥٤١- وحتى يقبض رئيس الجمهورية بيده على كل مظاهر السلطة التي يتحول بها في الأعم من الأحوال طاعيا مستبدا بالمعنى الحرفي للطغيان، حرص الدستور على تأكيد أهمية وجود البرلمان أثناء مواجهة الدولة لأوضاع استثنائية تصيبها في جوهر مقوماتها، وأخص وظائفها، وتحيطها بأعقق لزماتها، وأكثرها حدة.

وقد حقق الدستور مقصده في ذلك من خلال شرطين تابعين من نص المادة ١٦ التي أبرز الدستور بها معنيين لا يجوز التفريط فيهما:

أولهما: أن البرلمان يتعين أن يتخذ بقوة القانون.

ثانيهما: أن الجمعية الوطنية لا يجوز حلها أثناء قيام هذه الأوضاع الاستثنائية.

وقد توخى الدستور من هذين الشرطين ردع السلطة التنفيذية، وحملها على التقيد بالحدود التي ضبط بها ولايتها الاستثنائية، حتى لا تتسلط من خلالها على حقوق المواطنين وحرياتهم، بما يبدها أو يرهقها بصورة خطيرة.

ولتحقيق هذا الغرض، عطل الدستور سلطة رئيس الجمهورية في حل الجمعية الوطنية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من مادته الثانية عشرة. وجعل انعقاد البرلمان واجبا دستوريا، حتى يبصر الأوضاع الاستثنائية بمخاطرها الملتبها، ويناقضها ثم يقدم الحلول التي يستوجبها لمواجهتها، وإن ظل لرئيس الجمهورية وحده أن يتخذ ما يراه من التدابير التي يستتبعها لمواجهة هذه الأوضاع.

إذ لو زاحمه البرلمان فيها، أو استقل بها، لعطل ذلك السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور. فضلا عن أن الأصل في السلطة، أن يباشرها من فوضه الدستور فيها، مستهديا في ذلك بما يراه مفيدا من الآراء، وكذلك بكل اقتراح يعينه عليها. ولو جاز القول بوصفية يفرضها البرلمان على التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٦ من الدستور ليقرر جدواها أو ملامتها، لحل محل رئيس الجمهورية فيما يراه ضروريا

منها^(١) وقد يكون ذلك مدخلا لصراع عميق بينهما، بما يضر بالمصالح القومية في أعرق توجهاتها.

ذلك أن التعاون على المخاطر لردّها على أعقابها، أولى من تعطيل السلطة الاستثنائية التي اختص الدستور بها رئيس الجمهورية وحده، والتي ما ألزّمه بتحملها، إلا على تقدير أن يبيده -دون غيره- أفضل الوسائل التي يرد بها مخاطر قائمة ويجهضها.

وقد حدد الدستور الفرنسي -بنص المادة ١٦- أمرين يتعين التوفيق بينهما:

أولهما: اختصاص رئيس الجمهورية بمجابهة أوضاع استثنائية لها مخاطرها المقطوع بها، وعواقبها التي لا يستهان بها^(٢).

وثانيهما: ضرورة دعوة البرلمان إلى الاعتقاد، وامتناع حل الجمعية الوطنية أثناء قيام هذه للمخاطر.

والأمران كلاهما واجبان بحكم الدستور. فلا يحل البرلمان اختصاص رئيس الجمهورية؛ ولا يكون وجود البرلمان إجراء رمزياً عقيم الفائدة.

والتوفيق بين الأمرين مقتضاه، أن يعاون البرلمان رئيس الجمهورية، لا أن يتساجزه في النهوض بالمسئولية الخطيرة التي يتحملها وفقاً لنص المادة ١٦ من الدستور. وهي معاونة تتعدد

(١) في الرسالة التي وجهها الرئيس ديغول إلى مجلسي البرلمان بتاريخ ٢٥ أبريل ١٩٦١ ذكر رئيس الجمهورية أنه في مواجهة الظروف الحالية -يريد بها تمرد وحدات من الجيش الفرنسي الموجود في الجزائر- فإن وضع نص المادة ١٦ من الدستور موضع التطبيق لن يؤثر على نشاط البرلمان، ولا على مباشرته لسلطته في التشريع والرقابة، وأنه انطلاقاً من ذلك، تظل قائمة العلاقة بين البرلمان والحكومة تغيرت بعدم تطبيقاتها بالتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية تطبيقاً لنص المادة ١٦ من الدستور.

.....De ce fait, les rapports du gouvernement et du parlement, doivent fonctionner dans les conditions normales pour autant qu' il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16.

(٢) رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة، وهو يرأس المجالس ولجان الطبا للدفاع عن الوطن (مادة ١٥ من الدستور) وهو يعين الموظفين المدنيين والعسكريين ويمثل الحكومة في الأرضى الدولية فيما وراء البحار (مادة ١٣ من الدستور)، وعلا بنص المادة ١٨ من الدستور يتصل رئيس الجمهورية بمجلسي البرلمان من خلال رسائل يوجهها لهما.

أنشائها، ويندرج في إطار صورها، أن يعمل البرلمان إلى جانبه، داعماً إياه بكل الوسائل التي يملكها، ومن بينها الحقائق التي يقدمها إلى رئيس الجمهورية كي يتخذ علي ضوءها، أكثر التدابير مناسبة للأوضاع القائمة.

فلا يكون البرلمان إلا الوجهة الخلفية لرئيس الجمهورية، لا لينفرد بالسلطة -استقطاباً لها وتسلطاً عليها أو بها- وإنما ليبشرها في حدود أمانة لا تخل بقوة الردع في مواجهة هؤلاء الذين يعمدون إلى الإضرار باستقلال الدولة؛ أو الانقراض من نكامل إقليمها؛ أو الانقراض على وحدة شعبها؛ أو الإخلال بتعهداتها الدولية؛ وبما يعوق سلطاتها الدستورية عن العمل في صورة منتظمة^(١).

(١) Jean Chatelain, Professeur émirite à la université de Paris(1), in la constitution de la republique française (analyses et commentaires) 2e édition, pp. 541-553; Georges Berlia, le contrôle du recours à l'article 16et de son application, Revue de Droit Public, 1962, p. 288; George Morange, le contrôle des décisions prise au titre de l'article 16, Dalloz, 1962, Chronique XV111, p. 109; la documentation française, textes et documents sur la pratique institutionnelle de la ve republic, pp.113et à 120; Avis et débats du comité consultatif constitutionnel (travaux préparations de la Constitution) la documentation Française, 1960).

المبحث الرابع

تقديم نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي

من جهة فائدتها ومخاطر تطبيقها

٥٤٢- لا شبهة في أن تأسيس سلطة رئيس الجمهورية في موضوع معين على نص في الدستور، أفضل من ممارستها بغير نص.

كذلك فإن مجاوزة رئيس الجمهورية حدود ولايته التي بين الدستور تخومها، وإن دل على اغتصابه السلطة وانتزاعها بغير حق؛ فإن وجود نص في الدستور يحدد أغراضاً بذواتها يلتزمها رئيس الجمهورية في مباشرته لسلطاته الاستثنائية وفقاً لحكم المادة ١٦ المشار إليها، مؤداه ضرورة تنقيده في ممارستها بهذه الأغراض عينها. فإن جاوزها رئيس الجمهورية، كان ذلك انحرفاً بالسلطة عن أهدافها.

ولا جرم في أن لنص المادة ١٦ من الدستور فائدة عملية من ناحيتين:

أولاهما: أنها تكفل لرئيس الجمهورية التدخل بالتدابير الملزمة، لإجهاض فتنه قبل استفحال دلائرها، ولتتبعها في أسبابها وسحقها بعد البصر بمواقبها.

ثانيهما: أنها تكفل نكتل المواطنين حول الشرعية الدستورية التي يعتبر رئيس الجمهورية رمزاً لها. فلا يتصلون من التدابير التي يتخذها لدفعها، ولا يقعون بالجهود التي يبذلونها عن واجبهم في محق كل عدوان على هذه الشرعية.

بيد أن لنص المادة ١٦ من الدستور خطاياها، وأبرزها تجميعها كل مظاهر السلطة الاستثنائية في يد رئيس الجمهورية من خلال تدابير قمعية أو وقائية في طبيعتها بعيدة في مداها من جهة نطاقها؛ خطيرة في آثارها من ناحية مساسها بحقوق المواطنين وحرياتهم بصورة جوهرية.

وكثيراً ما تنقد هذه للتدابير تناسبها مع نوع وحدة المخاطر التي تقابلها وتواجهها.

وقد يصور رئيس الجمهورية -من أجل الإنقاذ بالتدابير التي لارتأها- الأوضاع القائمة على غير حقيقتها، وبما يكفل تزييفها تشويهاً لها.

وقد يعتصم رئيس الجمهورية بمفاهيم الردع التي لا تقتضيها الضرورة، فلا تكون التدابير التي اتخذها غير خطوة ديمقراطية لا محل لها.

وقد يعمد رئيس الجمهورية من خلال تدابير قاسية يتخذها، إلى تأكيد سلطته حتى تتمحور الدولة بكل سلطاتها وتوجهاتها من حوله، فلا تتصاع أجهزةها لغير أوامره تتلقاها صاغرة، بما يجعل استكانتها حلقة في ديكتاتورية بغضه لا مكان فيها للتحدية بكل أشكالها وقيمها.

وإذا كان الأصل في التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في نطاق المادة ١٦ من الدستور، ألا توجهها العوامل للشخصية، فإن المصالح الضيقة لا يجوز كذلك أن تكون باعثها.

وما نراه في نص المادة ١٦ من الدستور، وما يقابلها من النصوص في الدساتير الأخرى كنص المادة ٧٤ من دستور جمهورية مصر العربية، أن من يباشرون السلطة الاستثنائية التي تخولهم إياها هذه النصوص، قد ينحرفون بها عن أهدافها الرئيسية، فلا يلتزمون في مباشرتها بحدود هذه السلطة، وإنما يعبرون من خلالها عن إرادة القهر والطغيان التي لا تتفتح بها للشرعية الدستورية طرائقها ومناهجها، وإنما تتغلق أبوابها، وربما بصورة نهائية وكاملة.

فالسلطة حدها السلطة التي تقابلها. وهي في مقابلتها لها توازنها وتقوم اتجاهها وتردها إلى صوابها.

والذين يقولون بالعصمة من الخطأ في كل رئيس للجمهورية، يفترضون كمال النفس الإنسانية، واستواءها دوماً على الحق، وهو افتراض تنقضه الحقائق التاريخية.

وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ تدابير لا تتحمل التأخير، ولها من الحسم ما يؤكد فعاليتها، فإن سلطاته هذه لا يجوز بالضرورة - أن يقيمها نص عريض في معانيه، مفرد في أبعاده، كنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي.

ولئن جاز القول بأن الأغراض التي تتوخاها هذه المادة لها من نبها وموائها ما يجعلها قيداً على السلطة الاستثنائية التي يباشرها رئيس الجمهورية لتحقيقها، إلا أن مجرد تركيز هذه السلطة في يد رئيس الجمهورية، يثير شهوة تحريفها للخروج بها عن أهدافها.

كذلك فإن مجرد إبطال تلك المادة برأسها فيما بين نصوص الدستور، يولد الاتنباع بالأهمية البالغة لمركز رئيس الجمهورية باعتباره نقطة الارتكاز في الدولة، واسطة عدها، وبؤرة اهتماماتها، ومعد كل أمر يتصل بها.

فلا تكون غير إغواء بمزيد من السلطة يطليها رئيس الجمهورية ويستحوذ عليها، ليطهر نص المادة ١٦ من الدستور -من خلال تطبيقه- باعتباره مرتبطا بالأوضاع الاستثنائية برابطة مصطنعة لا حقيقة.

ومن ثم تلقى هذه المادة ظلها حتى في الأوضاع الطبيعية التي لا تخالطها مخاطر أيا كان نوعها. وبها يكون رئيس الجمهورية شبيها بالقلع التي يتخذ لفتحها. يؤيد ذلك، ما وقع من تمرد من بعض فرق الجيش الفرنسي في الجزائر. فقد أعلن هذا التمرد من قدر رئيس الجمهورية بعد أن واجهه بنص المادة ١٦ من الدستور التي أفاد رئيس الجمهورية من تطبيقها في تأكيد سلطته أكثر من إسهامها في إقصاء التمرد، ورد الأمور إلى نصابها. ذلك أن هذا التمرد كان خائبا، مفتقرا إلى أغلبية شعبية تؤيده؛ وإلى قوة كافية تؤيده.

وكان منطقيا بالتالي أن يصير منتهيا بعد فترة لا تزيد عن أربعة أيام من وقوعه.

ولعل أسوأ مضار المادة ١٦ من الدستور، أنها لا تمهد فقط للسلطة الشخصية، أو تسهل إغراءاتها، أو توفر أسبابها، ولكنها كذلك تتركسها وتحيلها نمطا ثابتا للحياة اليومية، ونهجا مضطوبا في بناء مراكز القوة لا يحميها الدستور؛ وإنما يعصم بها رئيس الجمهورية ليجد في كنفها الوسائل الكافية لإقهاء كل صراع داخلي بين سلطتين سياسيتين، ولو كان هو إحداهما.

وإذا جاز لرئيس الجمهورية أن يباشر في إطار نص المادة ١٦ من الدستور سلطة عريضة في اتساعها، مترامية في أبعادها، خطيرة في نتائجها، عميقة في حصادها. فذلك بافتراض استخدامها في الأغراض التي رصدها الدستور عليها.

وليس لرئيس الجمهورية بالتالي، أن يتخذ من مجرد تكوينها في الدستور، مبررا لمسحبها إلى أوضاع لا تسعها، وليس لها شيء من خصائص الضرورة الملجئة ومتطلباتها القاهرة؛ كحل أزمة سياسية داخلية تتكفل الوسائل القانونية المعتادة بفضها.

ولئن قيل قديما بأنه كلما كان الناس أكثر تسليحا، كلما كانوا أقل ميلا إلى استخدام أسلحتهم.
 Plus les hommes sont armés, est moins qu'ils sont tentés d'user leur armes. إلا أن هذا
 القول لا يستقيم في إطار نظم ديموقراطية تقوم في جوهرها على الحوار، والتفاهم، ووفرة الإقناع
 بالكلمة، فلا يفرض أحد على غيره إرادة من أعلى، ولو توهم صدارتها.

المبحث الخامسنص المادة ٧٤ من الدستور المصري وصلتهايقع الشرعية في مدارجها العليا

٥٤٣- تنص المادة ٧٤ من هذا الدستور، على أنه إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية، أو سلامة الوطن، أو يحوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري، كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بياناً إلى الشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذته من إجراءات خلال ستين يوماً من تاريخ اتخاذها.

وظاهر من نص هذه المادة، أنها مستوحاة من المادة ١٦ من الدستور الفرنسي، إذ هي الوجه المقابل لها في دستور مصر. وهي بذلك تطرح عيوبها، وأهمها اتساع عباراتها وتميعها، وغموض صياغتها وتعدد تأويلاتها، وعلى الأكل من جهة نوع ونطاق المخاطر التي يتكفل رئيس الجمهورية بمناستها، لاتخاذ التدابير التي يملكها وفقاً لنص المادة ٧٤ المشار إليها.

٥٤٤- ولعل أبرز مساوئها:

أولاً: أن حكمها لا يقيد رئيس الجمهورية بأخذ رأى جهة سياسية أو قانونية - كما كان موقعها - فيما يراه من التدابير قبل اتخاذها. وهي لا تعطي المحكمة الدستورية العليا - على الأخص - دوراً استشارياً في شأن هذه التدابير قبل تطبيقها، وإن كان لها بطبيعة الحال أن تفصل في دستوريته بعد صدورها إذا كان لها شكل القواعد القانونية.

ثانياً: كذلك ليس في نص المادة ٧٤ ما يكفل لحقاد السلطة التشريعية بقوة القانون، ولا ما يمنع رئيس الجمهورية من حلها إنهاء لوجودها إبان مباشرته لسلطاته الاستثنائية التي يؤسسها على نص المادة ٧٤ المشار إليها.

وهي بذلك سلطة عريضة في اتساعها، متزمية في أبعادها، عميقة أغوارها، خطيرة فسي آثارها.

ولا يعتبر الاستفتاء المنصوص عليه في المادة ٧٤ من الدستور قيدا حقيقيا عليها.

ذلك أن نص هذه المادة، وإن أُلزم رئيس الجمهورية بعرض التدابير التي اتخذها على المواطنين لاستفتاءهم في القبول بها أو برفضها، إلا أن الاستفتاء في الدول الدائمة، كان دائما تعبيرا هوجانيا عن إرادة المواطنين الذين يعطون أصواتهم للتدابير التي يعرضها عليهم رئيس الجمهورية بغير بيان كامل يحيطهم بحقيقة مضمونها، ونطاق الأثر القانونية التي ترتبها وتؤثر في أنماط حياتهم.

فلا يكون قبولهم بها بعد إدراكهم لحقيقتها، مما يثير شكوكا جوهرية حول حقيقة رضائهم عنها.

ثالثا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور لا يخول رئيس الجمهورية للتدخل بالتدابير الاستثنائية لمواجهة أية مخاطر من شأنها الإخلال بتمهدها الدولية -ولو كان من بينها ما يتصل بحقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية- والتي ما توحى التصديق عليها، أو الانضمام لها ونشرها في الجريدة الرسمية، غير تطبيقها في النطاق الداخلي.

كذلك فإن من صور التزام الدول ما يتعلق بالعلاقات بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون النكول عن تنفيذ المعاهدة أو وقفها بصفة مؤقتة أو إلغاؤها بمسئل منفرد غير تقرير لمسئوليتها قبل الدول أطرافها.

وقد يثير الإخلال بصور التزام هذه، أشكالا من الصراع بين مصر وغيرها من الدول، فلا يكون توقيعها بكل الوسائل، غير ضرورة يقتضها ضمان استقلال مصر وتكامل إقليمها.

رابعا: أن نص المادة ٧٤ من الدستور يجيز التدخل بالتدابير الاستثنائية كلما قام خطر يهدد الدولة سواء تعلق بالوحدة الوطنية لشعبها، أو بسلامتها أو بتوقيق مؤسساتها عن أداء دورها المقرر دستوريا.

بما مؤده من ناحية جواز التدخل بالتدابير الاستثنائية لمواجهة كل خطر أيا كان مداه، ولو لم يكن هذا الخطر جسيما ومباشرا؛ وهما شرطان تطلبتهما المادة ١٦ من الدستور الفرنسي فسي مجال تحديدها لنوع المخاطر التي تستهض تطبيقها.

وكذلك فإن مفاد نص المادة ٧٤ من دستور مصر، أن كل خطر يتلق بالوحدة الوطنية، أو بسلامة الوطن، يعتبر كافيا لاتخاذ التدابير الاستثنائية لمواجهته، ولو لم يكن من شأن هذا الخطر انقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية. وهو ما ينقض نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي التي لا تنكث في تطبيقها بوقوع مخاطر جسيمة ومباشرة يتهدد بها استقلال الجمهورية أو تكامل إقليمها أو تنفيذها لمتعهداتها الدولية، بل يتعين كذلك -وكشرط إضافي- أن يكون هذا التهديد، موديا إلى انقطاع السير المنتظم لسلطاتها الدستورية.

خامسا: أنه بينما حرص نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي على أن يحدد الأغراض التي لا يجوز أن تميل عنها التدابير الاستثنائية التي يتخذها رئيس الجمهورية، فحصرها في تلك التي تعود بها كل سلطة دستورية عامة -ودون ما إبطاء- إلى مباشرة وظائفها، فإن نص المادة ٧٤ من دستور مصر خلا من كل تحديد للأغراض النهائية التي يتعين أن يلتزمها رئيس الجمهورية في مباشرته لسلطته الاستثنائية المقررة بموجبها.

سادسا: وأيا ما كان الأمر، فإن السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، لا مقابل لها في الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١، وإن كانت تعمل في إطار الحقوق العريضة التي خولها هذا الدستور لرئيس الجمهورية، والتي يندرج تحتها نص المادة ٧٣ من الدستور -التي تمهد للمادة التي تلتها- فيما تقرره من أن رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية، وأنه مسئول عن السير على تأكيد سيادة شعبها، وحماية وحدته الوطنية، والعمل على احترام الدستور وسيادة القانون.

ومن ثم تعمل هاتان المادتان في إطار منظومة متكاملة غايتها تعظيم دور رئيس الجمهورية، باعتباره محور الدولة، ويحفظ كيانه ويصون وحدتها، في إطار من الدستور وسيادة القانون.

سابعا: وفي إطار نص مهلهل كنص المادة ٧٤ من الدستور، يتعين أن يرتبط تطبيقه بعدد من الضوابط أهمها:

١. أن المخاطر التي تستهض تطبيقها، يتعين أن تكون جسيمة في نوعها، عريضة في آثارها، فلا ينتحلها رئيس الجمهورية أو يتوهمها.

٢. أن لجوء رئيس الجمهورية إلى سلطته الاستثنائية لرد هذه المخاطر، يفترض أن تقصو الوسائل القانونية المعتادة عن مواجهتها.

٣. يتعين أن تكون التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور، ملجئة في دواعيها موقوتة في زمنها؛ مقيدة بالأغراض التي تستهدفها؛ وقائمة على المفاضلة بين صونها لحقوق الأفراد وحرياتهم. فلا تصدر هذه التدابير عن الأهواء الشخصية، ولا تتمحض إسرافاً في اللجوء إلى القوة من خلال تدابير قمعية لا ضرورة لها.

٤. يتعين النظر إلى المخاطر التي يتدخل رئيس الجمهورية لمواجهتها بالتدابير التي يتخذها، على أنها من طبيعة استثنائية مردداً إلى جسامتها، وتعذر التحوط لها قبل طروئها.

ولا كذلك ما يكون مألوفاً من المخاطر، ولا ما يكون وقوعها تخيلاً أو تجسماً لها. وتبطل بالتالي التدابير التي يتوَقَّع بها رئيس الجمهورية، مواجهة مخاطر لا تريد فرص تحققها على مجرد الاحتمال. وإنما يتعين التيقن من قيام هذه المخاطر بما يؤكد أو يرجح وقوعها، ويظهرها في ثوبها الحقيقي كمخاطر داهية تؤثر بصورة عميقة في الأوضاع القائمة، كصراعٍ مرير بين فرق من الجيش، أو نزاع عريض فيما بين المواطنين يتصل بعقائدهم الدينية بما يهدد الوحدة الوطنية.

٥. لا يجوز أن تفصل التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية، عن نوع المخاطر التي تواجهها. ذلك أن هذه التدابير من طبيعة استثنائية. ويتعين أن تقابل مخاطر من جنسها. ولا يعتد بالتالي في تحققها أو تخلفها، بمعايير شخصية. وإنما تشكلها ضوابط موضوعية، أهمها قدر حدتها، وتأثيرها المباشر على الأوضاع القائمة تغييراً لها أو انقلاباً عليها.

وبتعبير آخر لا تتحقق الصلة بين الأوضاع الاستثنائية التي ألغزتها المخاطر، والتدابير التي تجاوبها، إلا بشرطين:

أولهما: أن تكون هذه التدابير مستلزمة في دوافعها حقائق هذه المخاطر ومواجهة الآثار التي ترتبها، وكافية لاقتلاع ضرورها وإنهاء أزماتها بما يكفل تناسبها معها.

ثانيهما: أن تنقسم للتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية - في النطاق المتقدم - بوحدة هدفها ممثلاً في إعادة الأوضاع التي صدعتها هذه المخاطر، إلى حالتها الطبيعية بغير إبطاء، وجزءاً بالتالي فرض قيود جبرية على بعض المواطنين لتحديد إقلمتهم في غير الأحوال المنصوص عليها في القانون؛ أو مصادرة رسائلهم أو الإطلاع عليها بغير أمر قضائي؛ وساغ أيضاً إظهار كل صحيفة أو وقفها أو تعليقها، إذا كانت تعرض على الفتنة، وتزوين لفعال المتطرفين وتشجيعهم على المصيان.

فذلك كله مما يدخل في نطاق التدابير الاستثنائية التي يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية، بشرط تنفيذها بالأغراض التي تستهدفها هذه التدابير. فلا تكون أغراضها هذه، إلا قيوداً قانونياً - لا سياسياً - عليها. فإذا جاوزها رئيس الجمهورية، كان تصرفه انحرافاً خطيراً بالسلطة.

٦. يتعين أن يكون لزوال المخاطر التي واجهها رئيس الجمهورية، حداً زمنياً نهائياً للتدابير التنظيمية التي تصدر في شكل قواعد قانونية حتى لا تتحول سلطة رئيس الجمهورية الاستثنائية - وهي مؤقتة بطبيعتها - إلى سلطة دائمة.

ولا كذلك للتدابير ذات الطبيعة الشخصية الاستثنائية التي تحتر كذلك بالنظر إلى نطاقها بأشخاص بذواتهم طبيعيين أو اعتباريين - كان لهم دور فاعل في تسأجيج المخاطر وتفاقمها وإنكأه ليهيها^(١). ذلك أن من المتصور بقاء هذه التدابير حتى بعد زوال الأوضاع الاستثنائية التي أفرزتها. فلا يكون الجزاء على أفعالهم، أو محاكمتهم عنها، منتهياً بانتهاء المخاطر.

٧. لأن كان قرار رئيس الجمهورية باللجوء لنص المادة ٧٤، لا يجوز أن يطرح للاستفتاء، ولا أن يرأجع قضائياً باعتباره من أعمال الميادنة^(٢)، إلا أن التدابير التي يتخذها في نطاق هذه السلطة الاستثنائية - ولما كان مضمونها - لا يجوز إغلاؤها من الرقابة القضائية، سواء تطبق الأمر بالفصل في دستوريته أو بمطابقتها للقانون. ذلك أن هذه التدابير التي وصفها المادة ٧٤ من الدستور <بالإجراءات المرسنة لمواجهة للخطر>>. وإن تعين عرضها على المواطنين

(١) يتخذ رئيس الجمهورية للتدابير الترفعية في مواجهة أشخاص كان لهم دور في إنكأه الفتنة وتأجيجها والعمل على توسيع دائرتها. فلا تكون هذه التدابير غير جزاء على أفعالهم.

(٢) شأن هذا القرار في ذلك، شأن قرار إعلان حالة الطوارئ طبقاً لنص المادة ١٤٧ من الدستور، فكلاهما من أعمال الميادنة.

لاستفتاءهم فيها خلال ستين يوما من تاريخ اتخاذها، إلا أن هذا الاستفتاء لا يصحح عوارا أصابها، ولا يزيل سوءاتها، ولا يقلبها إلى تدابير موافقة للمستور والقانون.

ومن المفترض أن يبدأ سريان ميعاد الستين يوما من تاريخ آخر إجراء (تدبير) اتخذته رئيس الجمهورية لمواجهة للخطر، إذ لو قيل بعرض هذه التدابير على المواطنين -واحدًا واحدًا- لاستفتاءهم فيها، لوقع الاستفتاء في شأن كل تدبير على حدة، وهو ما لا يتصور للأمير:

أولهما: أن إجراء الاستفتاء أكثر من مرة، صعوبة عملية تثير اضطرابا في الحياة السياسية التي يراد إعادتها إلى طبيعتها.

ثانيهما: أن عرض هذه التدابير في مجموعها على المواطنين، يعطى صورة إجمالية عنها، هي التي يخلو منها في اعتبارهم عند عرض تلك التدابير عليهم لإبداء رأيهم فيها. لا تميز في ذلك بين تدابير من طبيعة فردية، وتدابير من طبيعة تنظيمية لها خصائص القواعد القانونية.

ذلك أن التدابير التنظيمية، وإن كانت أكثر خطرا من ناحية اتساع دائرة المخاطبين بها وتعدد تطبيقاتها؛ إلا أن التدابير الفردية تعتبر "إجراء" في مفهوم نص المادة ٧٤ من الدستور. ويتعين بالتالي عرضها في الاستفتاء بالنظر إلى عموم نص المادة ٧٤ المشار إليها التي لا يجوز تخصيص حكمها.

وما يقال عن تضال أهمية للتدابير الفردية، مردود بأنها قد تتناول قطاعا عريضا من المواطنين، لتصيبهم في حرياتهم أو في حقوقهم التي كفلها الدستور، مثيرة بالتالي غضبا قوميا عارما.

٨. وكلما رفض المواطنون للتدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية -كلها أو بعضها- بعد عرضها عليهم في الاستفتاء، اعتبر ذلك إنهاء لأثارها من وقت اعتراضهم عليها. وبظل المحاكم النظر في كافة الآثار المترتبة علي تطبيقها قبل رفضها في الاستفتاء، لتقدم الترضية القضائية الملائمة في شأنها إن كان لها محل.

كذلك فإن قبول المواطنين في الاستفتاء للتدابير التي عرضها عليهم رئيس الجمهورية، وإن كان يبقها بكل أثارها ويصححها منذ صدورها، إلا أن شرعيتها لا تستقر بصفة نهائية إلا بعد أن

ترفض السلطة القضائية الطعون الموجهة إليها بعد عرضها عليها من خلال الخصومة القضائية. وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية^(١) من أن الترخيص بنص المادة ١٥٢ من الدستور لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التي يقر أهميتها على هيئة الدائنين لاستفتائهم فيها، لا يطرأها من عيوبها، ولا يجوز أن تتذرع به السلطة التنفيذية لنقض قواعد الدستور أو مخالفتها^(٢). ومن ثم يظل كل عوار اتصل بهذه التدابير، كامناً فيها حتى تفصل السلطة القضائية في أمره^(٣).

٩. تعتبر الرسالة التي يوجهها رئيس الجمهورية إلى مواطنيه في شأن الأوضاع الاستثنائية التي يواجهها الوطن، وقد تهديدها لوحدة الوطنية، أو إضرارها بسلامته، أو تعويقها لمؤسساته، شرطاً شكلياً لازماً بمقتضى نص المادة ٧٤ من الدستور، مضافاً إلى شرط شكلي آخر هو الاستفتاء على التدابير التي قارنتها.

وهو يطن رسالته هذه للجماهير بعد اتخاذ هذه التدابير، وقبل عرضها في الاستفتاء، حتى تكون على علم بها قبل تقييمها لها.

ولا يجوز بالتالي أن تجهل رسالته إليها، بالصورة الحقيقية للأوضاع الطارئة، ولا أن تسقط ما هو هام من التدابير التي اتخذها؛ ولا أن تتناولها في صورة إجمالية لا تفصح عن حقيقتها. بل يتعين أن يكون بيانها جلياً وإن لم يكن بالضرورة تفصيلياً.

وإنباء رئيس الجمهورية لمواطنيه بالتدابير التي اتخذها أو استفتائهم عليها، كلما يكون مفيداً في كبح سلطاته الاستثنائية أو تقييدها. ذلك أن رسالته إليهم قد تجسم المخاطر بما يبعد بها عن حقيقتها. وهي تصور التدابير التي اتخذها لمواجهة الخطر، بما يهون من شأنها، ويقال من وطنائها حتى لا تظهر في كامل أبعادها. وقد يصوغ هذه الرسالة على نحو يحمل معانيها بأكثر من تأويل. وكثيراً ما يوجزها لإخفاء حقائق لا يريد الإعلان عنها. وهي بعد تدابير لا ترقبها السلطة القضائية - غالباً - إلا بعد اكتمال تنفيذها واستفادها لأغراضها، فلا يكون أمام المضرورين منها غير الحق في التعويض عنها.

(١) صدر هذا الحكم بجلستها المعقودة في ٢١ يوليو ١٩٨٦. ونشر في ٣٥٢ من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة، أنظر كذلك مصطفى أبو زيد فهمي - الدستور المصري - منشأة المعارف ١٩٨٥ - ص ٤٢٢.

(٢) محكمة القضاء الإداري - الدعوى ١٦٥٧ لسنة ٢٦ ق الصادر عنها في ٢٩ يوليو ١٩٨٢.

١٠. وما يقال عن أهمية الاستفتاء وضرورته لإضفاء الشرعية على التدابير التي تتخذها رئيس الجمهورية، مردود بأن الاستفتاء عليها في الدول النامية لم يسفر يوما عن رفضها. فلا يتمحض إلا عن قبول مطلق لها، ولو بتحويل إرادة الناخبين من خلال تحريفها.

ومن ثم ينحل -في ظاهره- إلى تفويض مطلق لرئيس الجمهورية في مباشرة سلطاته الاستثنائية، وكأن المواطنين يمهرونها بخاتمهم. وذلك صورة خادعة من الإجازة غير المشروطة التي لا يرد قيد عليها.

١١. لا يجوز النظر إلى أثر المخاطر باعتباره منفكا عن وجودها؛ ولا للجوء لنص المادة ٧٤ من الدستور توقيفا لمخاطر يحتمل وقوعها.

ذلك أن تطبيقها مشروط بطول المخاطر لا بتراخيها. فإذا لم يكن للخطر حالا ومباشرا^(١) أو كان محدود الأثر؛ أو كان غير متعلق بالمصالح التي حصرتها وكفلتها المادة ٧٤ من الدستور^(٢)، بطل التفرع به لتطبيقها.

١٢. لا يجوز أن تصل التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية -في مداها- إلى حد تعديل قواعد الدستور بما يغير بنيتها.

ذلك أن تطبيق نص المادة ٧٤، يفترض طروء عارض على الدولة يخلل به نظامها محددا على ضوء قواعد الدستور المعمول بها. فإذا تدخل رئيس الجمهورية لتحويل قواعد الدستور عن طريق تعديلها، كان ذلك انحرافا عن هذه القواعد التي تعتبر الإطار الوحيد للشرعية الدستورية، والتي ما تدخل رئيس الجمهورية أصلا لصونها، إلا من خلال نص في الدستور هو نص المادة ٧٤.

كذلك ليس من شأن التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار نص المادة ٧٤ من الدستور، الإخلال بالقيم الجوهرية التي يحتضنها الدستور، والتي يندرج تحتها افتراض البراءة، ومبدأ شخصية العقوبة؛ وامتناع افتراض المسؤولية الجنائية؛ أو تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعي؛

(١) هذه المصالح هي ضمان الوحدة الوطنية وسلامة الوطن وأداء مؤسسات الدولة لدورها الدستوري.

أو بخير قانون أو دون مراعاة حدوده؛ أو حظر تفريد العقوبة بما يحتم توقعها بكالية صماء لا تأخذ في اعتبارها أوضاع المذنبين وظروفهم لتصبهم في جمود قوالبها وكأنهم لا يختلفون فيما بينهم.

ويناقض هذه القيم كذلك كل عدوان على الحق في الحياة؛ أو إهدار حرية العقيدة؛ أو الإخلال بالحق في النفاق؛ أو حمل الشخص على أن يشهد بما يدينه؛ أو انتزاع لقواله التي لا يريد الإصاحاح عنها؛ أو إجراء تجربة طبية أو علمية عليه بغير رضاه؛ أو تعقيد حريته بغير حق، أو الحط من كرامته؛ أو تضييعه؛ أو توقيع عقوبة عليه تكون معنة في قسوتها، أو مجاوز في شذوذها كل منطق؛ أو التمييز بين المواطنين دون مبرر في مجال تطبيق التدابير الاستثنائية للمنصوص عليها في المادة ٧٤ من الدستور؛ أو مصادرة أموالهم بما يسعها في كل مفرداتها؛ أو عزلهم سياسيا عقابا لهم على دورهم في إيقاد جذوة المخاطر، أو التمهيد لها أو الحض عليها؛ أو إبعادهم عن مصر أو منعهم من العودة إليها.

ومرد ذلك أن هذه القيم الجوهرية لها من رسوخها واستقرارها في الضمير الجمعي ونفسى الدول الديمقراطية جميعها، ما يؤكد ثباتها وإطراد تطبيقها.

وهي كذلك وثيقة الصلة بأدمية الفرد وكرامته، وهي الأصل في كافة حقوقه وحرياته. وعلوها على المستبخر لا يقبل جدلا. وإطلائها حول دون تعييدها.

ولأنها فوق ما تقدم - من الحقوق الطبيعية الأصيل وجودا من انخراطهم في أية صورة من صور التنظيم الاجتماعي - هذا من الأسرة وانتهاء بالدولة - فلا يجوز النزول عنها أو تحريفها.

١٣. يتعين دوما أن ترتبط التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية - عقلا - بأهدافها، وأن يكون للتدخل بها دون إبطاء، وإلا استفحل الخطر وتعظم مدها.

١٤. ليس في نص المادة ٧٤ من الدستور، ما يعطل أو يقيد سلطة البرلمان، بشرط ألا يخل تدخله بانفراد رئيس الجمهورية بالسلطة الاستثنائية التي يتلقاها مباشرة من نص هذه المادة ذاتها.

وليس للبرلمان بالتالي أن ينازع رئيس الجمهورية في تقديره تحقق المخاطر التي تستهض تطبيقها أو تخلفها، وما يكون ملائما من التدابير لمواجهتها.

ولا يتصور بالتالى أن يباشر البرلمان دورا تشريعيا أو رقابيا فى كيفية استخدام رئيس الجمهورية لسلطته الاستثنائية، إلا بعد زوال المخاطر من منبتها، واقتلاعها من جذورها. ذلك أن اجتنائها بعيد الأوصاح إلى حالتها السابقة على نشوئها. ويرد إلى البرلمان كامل ولايته التى قيبتها السلطة الاستثنائية لئلا يباشرها رئيس الجمهورية إبان قيام المخاطر.

وللبرلمان بالتالى أن يعيد النظر فى كافة التدابير التى اتخذها، وأن يعمل على تقييمها من منظور موضوعى، ولو اقتضاه ذلك إلغائها أو تعديلها.

١٥. يتعين التمييز بين ما يعتبر من التدابير تنظيمها أو فرديا على ضوء معيار موضوعى يحتد بمادتها أو موضوعها.

فما يتخذ منها شكل القواعد القانونية فى عمومها وتجردها، يعتبر إجراء تنظيميا.

وما يتعلق من صورها بمراكز ذاتية، يعامل باعتباره إجراء فرديا.

ذلك أن نص المادة ٧٤ من الدستور يركز السلطة ويدمجها فى شخص رئيس الجمهورية. وهو يصدر التدابير جميعها. فلا يكون تطبيق المعيار الشكلى بشأنها للتمييز بين ما يكون منها تنظيميا أو فرديا، متصورا، إذ يحتد هذا المعيار فى مجال هذا التمييز - بالجهة التى صدر عنها الإجراء، وهى فى هذا الفرض جهة واحدة، هى السلطة التنفيذية التى باتى رئيس الجمهورية فى قمته.

١٦. أن النظم من التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية ونفسا لنص المادة ٧٤ من الدستور، مقصور على محكمة القيم عملا بنص المادة ٣٤ من قانون حماية القيم الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠، والمعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١^(١).

ولا يعتبر هذا النظم - على ما قرره المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١٤ لسنة ٨ قضائية كتازع^(٢) - نظما إداريا، وإنما ينحل إلى خصومة قضائية بمعنى الكلمة عهد المشووع

(١) أضاف هذا القانون إلى المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب، بندا جديدا برقم خامسا، مقتضاه لاختصاص محكمة القيم دون غيرها بالفصل فى النزاعات التى تنشأ من الإجراءات التى تتخذ وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور.

(٢) صدر حكم المحكمة الدستورية العليا فى جلستها المعقودة فى ١٩٩٢/٣/٧ - قاعدة رقم ٧ - ص ٤٢٢ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بالفصل فيها إلى محكمة التقيم استثناء من أصل خضوع المنازعات الإدارية جميعها لمحاكم مجلس الدولة التي تختص أصلاً بالفصل فيها بوصفها قاضيتها الطبيعي.

ومن البدء، فإن قضاء المحكمة الدستورية العليا المتقدم، يتطرق بطول محكمة التقيم محل محاكم مجلس الدولة في الفصل في أنواع من المنازعات الإدارية، هي التي تتعلق بمشروعية كل إجراء يصدر عن رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور إذا تمحض هذا الإجراء قراراً إدارياً. فإذا كان قراراً تنظيمياً عاماً، تمحض عن قواعد قانونية تتولى المحكمة للدستورية العليا -دون غيرها- الفصل في دستورتها وفقاً لقانونها^(١).

(١) على أن محكمة التقيم تظل محكمة موضوع. ومن ثم يلحصر دورها -إذا ما عرض عليها نزاع يتطرق بسأحد التدابير التنظيمية التي اتخذها رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة ٧ من الدستور- في أن تقدر جدية النسخ بعدم دستوريته، ولن تحل بعد ذلك للنصوص المطعون عليها إلى المحكمة الدستورية للفصل في دستورتها إذا قدرت جدية هذا الدفع، أو أن ترخص للخصم برفع الدعوى بذلك إلى المحكمة الدستورية العليا (أنظر رسالة الدكتوراه لأستاذ سمر على عبد القادر وموضوعها السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية. وكذلك رسالة الدكتوراه لأستاذ ودي تقيت غريوال فرج وموضوعها سلطات رئيس الجمهورية طبقاً للمادة ٧٤ من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها).

الفصل الثاني

السلطة الدستورية لرئيس الجمهورية إبان الحكم العرفي

المبحث الأول

علتها

٥٤٥- تقول المحكمة الدستورية العليا^(١)، إن المصالح المعبرة شرعا هي التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة الإسلامية، متلافية معها. وهي بعد مصالح لا تنكأى جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتحدد -مضمونا ونطقا- على ضوء أوضاعها المتغيرة. وكثيرا ما كان الصحابة والتابعون يشرعون أحكاما لا دليل على اعتبارها أو إلغائها، متوخين بها مطلق مصالح العباد، جلبا لفهمهم، أو دفعها لضررهم، أو رفعا للحرَج عنهم. وهم يصدرون في ذلك عن قوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج" يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر "وما جعل الله عليكم في الدين من حرج"؛ وكان ذلك مؤداه أن الناس لا ينبغي أن تنتظمهم قواعد موحدة تحكمهم في كل أحوالهم ووقائعهم؛ وأن عسرهم يفضى إلى تقرير قواعد تيسر عليهم، ولا تزيد من مشقتهم؛ وأن تكليفهم بما في وسعهم، صون لحدود الاعتدال التي ينافقنها إيقاعهم في الحرَج، أو الحمل عليهم لإزهاقهم؛ وأن المؤمنين على ضوء ما تقدم، رحماء بعضهم لبعض لا يتكاهرون إفكا، ولا ينظرون بغيا، ولا يفاضلون بين أمرين إلا باختيار أهونهما ما لم يكن إثمًا حتى لا يضلوا بأهوائهم.

وحق القول بأن أحوال الناس في ضيقهم، تنارق أحوالهم في سعتهم؛ وأن القواعد التي تحكم ظروفهم الطبيعية، غير تلك التي تنظم أحوالهم الضاغطة؛ وأن ما يجوز عند الضرورة، يكون محظورا حال زوالها؛ وأن المخاطر التي تحقن بهم لا يجوز أن تتفائق أضرارها؛ وأن مواجهتهم لها، ضمنان لحصر ضرورها؛ وأن تسليهم من السيطرة عليها، مؤد لاتساع دائرتها؛ وأن ما يجوز لهم أن يأتوه في حياتهم اليومية برتابتها وسكينتها، ينبغي أن يتجنبوه إذا دهمهم الخطر وأحاط بالدولة التي تضمهم إليها.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٦/١/٦ - قاعدة رقم ٢٠ - ص ٣٤٧ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

ذلك أن إفrazهم يثير اضطرابها ويبدد ههوها. ولأنهم يلونون بها، فإن عليها أن تعتصم بعناصر القوة التي تملكها، وأن توجهها لصون مصالحهم الحيوية التي تقتضيها الخطر، وهدها.

وعناصر القوة هذه، هي سلطاتها الاستثنائية التي ترد بها عنها مخاطر دهمتها، إما كان مصدرها أو سببها. فجميعها سواء فيما تلحقه بها من مضار لا يستهان بها، وتصل في عمقها إلى حد الإخلال بوحدة شعبها، أو بتكامل إقليمها، أو بخير ذلك من ركائز بنيانها.

ومن ثم تمتاز هذه المخاطر بتقل وطأتها؛ ويتحذر توقعها؛ ويطولها لا يترأخىها؛ وبإخلالها المباشر بمصالح لا يجوز النزول عنها، أو التضحية بها، لاتصالها في واقعها - بوجود الدولة في ذاتها، أو بمتطلباتها في الأمن والاستقرار؛ أو بحاجتها إلى المعنى كما فيما يعود بالنفع العام على مولدتها.

ومن ثم كان إبطال هذه المخاطر، مقتضيا دفعها بالوسائل التي تناسبها، والتي تتسبب بها فرص إجهاضها. فلا تكون هذه الوسائل هي ذاتها التي تلزمها الجماعة في ظروفها الطبيعية التي قد تلاعبها أحيانا مخاطر محدودة آثارها لا تتعثر بها حياتها.

وإنما هي المخاطر الملتبسة التي تصير أمرها، فلا تندها غير طرائق توزيعها في حداثها، لتصببها في جذورها ومنابتها بقصد اقتلاعها.

ولا يتصور بالتالي أن تتراخى تلك التدابير لتفقد بأسها، ولا أن تكون هوانا بما يضعفها. ذلك أن مواجهتها لمخاطر وخيمة عواقبها، عريضة آثارها، شرطها فعاليتها في دفعها؛ وحزمها في سرعتها؛ وحسن توقيتها لإجهاضها. فلا يكون اللجوء إلى مثل هذه التدابير غير خروج محدود على الشريعة الدستورية في تطبيقاتها المطردة التي تقم للدولة للقانونية ركائزها التي حدثتها المحكمة الدستورية العليا بقولها:

>>إذ نص الدستور في المادة ٦٥ على خضوع الدولة للقانون، وأن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية حقوق الأفراد وحيرياتهم، فقد دل بذلك على أن الدولة القانونية هي التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها - وأيا كان نطاق سلطاتها أو طبيعتها - بقواعد قانونية تنطو عليها، وتكون بذاتها ضابطا لتصرفاتها وأعمالها في أشكالها المختلفة.

ذلك أن السلطة سرعلى حد قول المحكمة الدستورية العليا- لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد، ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة وإصالحها. ولئن صح القول بأن حد مشروعية السلطة، أن تكون وليدة الإرادة الشعبية وتعبيراً عنها، إلا أن لنبثق هذه السلطة عن تلك الإرادة ولتكنازها عليها، لا يفيد بالضرورة أن من يمارسها غير مقيد بقواعد قانونية تكون عاصماً من جموحها، وضماناً لردّها على أعقابها هي جاوزتها>>.

>>وكان حتماً بالتالي أن تقوم الدولة القانونية في مضمونها المعاصر سرعلى الأخص في مجال توجيهها نحو الحرية- على مبدأ مشروعية السلطة مقترناً ومعرزاً بمبدأ الخضوع للقانون، باعتبارهما مبدأين متكاملين لا تقوم بدونها الشرعية الدستورية في أكثر جوانبها أهمية؛ ولأن الدولة القانونية هي التي يتولّى لكل مواطن في كنفها، الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحرياته، ولتنظيم السلطة وممارستها في إطار من المشروعية. وهي ضمانته تدعّمها السلطة القضائية من خلال استقلالها وحصانتها، لتصبح للقاعدة القانونية محوراً لكل عمل، وحداً لكل سلطة، ورداعاً ضد الحدوث وفي هذا الإطار، لا يجوز للدولة القانونية أن تنزل بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا لمطالباتها التي تقبلها الدول الديمقراطية بوجه عام؛ ولا أن ترضى على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها، قيوداً تكون في جوهرها أو مداها، مجافية لتلك التي درج العمل في الدول الديمقراطية على تطبيقها.

بل إن خضوع الدولة للقانون -محدداً على ضوء مفهوم ديمقراطي- مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية، مفترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، التي تسمو فيها القاعدة القانونية عليها، وتتقيد هي بها(>>).

تلك هي الدولة القانونية بمقوماتها التي حددتها المحكمة الدستورية العليا. وتظل لهذه الدولة مقوماتها هذه -في جوهرها- ولو واجهتها أوضاع استثنائية من جراء خطر فاحش يرهقها ويعتصر مصالحها الأساسية. إذ يقتصر دورها على أن ترد هذا الخطر عنها من خلال تدابير لها من مرونتها ومرعتها ما يؤكد فعاليتها؛ ومن نقيدها بالأغراض المنطقية التي تستهدفها، ما يبرر مشروعيتها؛ ومن ملامتها للأفاع المخطرات التي تطل عليها، ما يكفل إعتدالها وتدابيرها معها.

(١) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- قاعدة رقم ١٤ من ٨٩ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

فلا تكون هذه التدابير غير وسائل قانونية في أسسها ودوافعها. وذلك هي الشرعية الاستثنائية التي تنظر مع اتساع وعمق التدابير التي تتخذ في نطلها، نظاما قانونيا ككل الدستور أصله، وحدد القانون الضوابط التي يقوم عليها^(١) وليس لرئيس الجمهورية بالتالي أن يتخرج بأوضاع طارئة -لما كان قدر حثتها وعصفها بالحقوق- لينشر بسببها سلطة مطلقة لا عاصم منها، ولا قيد عليها.

ذلك أن انفلاتها من كوابحها مؤداه مجاوزتها حدود القانون، وانحرافها عن أهدافها، وإخلالها كذلك بالقيم الجوهرية التي احتضنها الدستور، كافتراض البراءة، وكالحق في التذاعى، وفي مباشرة الدفاع، وفي مواجهة الشهود؛ وفي إنهاء القيود غير المبررة على الحرية الشخصية.

وتظل الشرعية الدستورية بضوابطها في الأوضاع الطبيعية، هي الإطار العام للتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في الأوضاع الاستثنائية، فلا يكون الخروج عليها إلا لضرورة، مردفها أمر عارض تقوم به رخصة دفع المخاطر توفيا لحرص تقاضها واتساع دائرتها، إن لم تواجه بما يلزمها من التدابير؛ وبمراعاة أن حق الدولة في مباشرة رخصتها لا يقل في وجوبه عن مباشرتها لعزائمها؛ وأن رخصتها يخولها للتدخل عند الضرورة لرد المخاطر عنها، من خلال تدابير ترصد وطائنها ودائرتها على تلك التي تركز إليها في أحوال يسرها.

ومن ثم تعتبر الضرورة عذرا مانعا من تطبيق القواعد المعتادة للشرعية الدستورية. وهو عذر يزول بزوال الضرورة. ذلك أن ما جاز لضرورة يبطل بزوالها.

كذلك فإن صدور التدابير بقدر الضرورة التي تطلبها، مؤداه أن دفع مخاطر الحالة الطارئة وإن كان واجبا، وكان بقاؤها يعد إهمالا لا يجوز الوقوع فيه، إلا أن تزامم الأضرار على محمل واحد، يقتضى القبول بأهونها توفيا لأمنها؛ والتحمل بالضرر الخاص لرد ضرر عام.

والدولة بذلك، تولزن بين التدابير المختلفة حال تعارضها فيما بينهما، فسلما تختار غير أصونها للحقوق، ولتأها تقييدا للحرية، ودون الإخلال بحق المضرورين من هذه التدابير في طلب التعويض عنها.

(١) "المحكمة العليا" الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية -جلسة ١٩٧٦/٤/٣- من مجموعة الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة العليا.

فلا تكون التدابير التي تتخذها الدولة لرد المخاطر الوخيمة عنها، غير تدابير واقعية ففى نطاق الضرورة التي أجازتها، فلا تزيد على هذه الضرورة، وإنما تناسبها فى قدرها.

المبحث الثاني

الحالة الطارئة من حيث مداها

٥٤٦- وفي إطار منظومة للتدابير الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية وفقاً للدستور، جاء نص الماد ١٤٨ منه التي تفول رئيس الجمهورية أن يعلن حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون، على أن يعرض هذا الإعلان وجوباً على السلطة التشريعية خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتقرر ما تراه بشأنه. وفي حال حلها يعرض رئيس الجمهورية هذا الإعلان عليها في أول اجتماع لها. ويتعين في جميع الأحوال أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة لا يجوز مدداها إلا بموافقة السلطة التشريعية.

٥٤٧- وسواء تعلق الأمر بالتدابير الاستثنائية المخولة لرئيس الجمهورية بمقتضى نص المادة ٧٤ من الدستور، أم بتلك التي كفلتها المادة ١٤٨، فإن هذه التدابير ترتبط في مضمونها ومداها، بنوع المصالح التي تصوبها، ودرجة الخطر التي تهددها. وقد تبلغ أهمية هذه المصالح حداً يحمل الدستور على بيانها حصراً، فلا يجوز للتدخل لحماية غيرها.

كذلك فإن حصر هذه المصالح أو إحصاءها، يفيد بالضرورة تحديد الأغراض التي تستهدفها التدابير التي يتخذها بها رئيس الجمهورية لصونها.

ولا كذلك أن: يتجاهل الدستور تحديد المصالح التي تصونها السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية من كل إخلال بها، ولا أن يفوض للدستور المشرع في بيانها بما يطلق يده في مجال تحديدها، ويبسطها في الأعم من الأحوال مما لأه لرئيس الجمهورية ولعدم نفوذه، بما يؤثر سلباً على طبيعة النظم القائمة في الدولة، ولوجه اتفاقها أو اختلافها مع الخصائص الديموقراطية.

٥٤٨- ويبدو ما تقدم جلياً بمقارنة المادتين ٧٤ و١٤٨ من دستور مصر التي تتعلق أولاهما بأزمة عاصفة تحيط بالدولة من جراء خطر ألدق بها؛ وثانيتهما بحالة الطوارئ L'état d'urgence التي تقتصر الدستور على بيان الخطوط العريضة التي تحكمها. وذلك الدستور غابر بين هاتين المادتين من التولحي الآتي بيانها.

١. أن أولامها قاطعة في بيانها لنوع المصالح التي يتدخل رئيس الجمهورية لحمايتها. ولا كذلك ثانيتهما التي جهل الدستور من خلالها بالمصالح التي تحميها حالة الطوارئ بعد إعلانها^(١).

٢. أن التدابير التي يجوز أن يتخذها رئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور، تنحصر في تلك التي تكفل مواجهة المخاطر التي تتهدد بها المصالح التي عينتها. ولا كذلك التدابير التي يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها في نطاق نص المادة ١٤٨ من الدستور. ذلك أن دافعة هذه التدابير أو إطارها العام، يحددها المشرع. وهو يحدد كذلك نوع المصالح التي تتدخل هذه التدابير لصونها. ولا يتقيد رئيس الجمهورية - عملا بنص المادة ١٤٨ من الدستور - بغير بيان الفترة الزمنية التي تبقى الحالة الطارئة خلالها، ويعرض قراره بإعلانها على السلطة التشريعية في الأجل التي حددتها المادة ١٤٨ المشار إليها^(٢).

٣. أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية لرد المخاطر التي تستلزم تطبيق المادة ٧٤ من الدستور، يتلقاها مباشرة من نصها.

فإذا تطرق الأمر بإعلان الحالة الطارئة، فلي نص القانون هو المصدر المباشر للأمر التي يتخذها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تنطق بهذه الحالة.

٤. أن قرار رئيس الجمهورية بمواجهة المخاطر التي تهدد المصالح التي حددتها المادة ٧٤ من الدستور حصرا، وكذلك قراره بإعلان حالة الطوارئ عملا بنص المادة ١٤٨ من الدستور، يبسطان سلطة الردع التي يخولانها إياه، والقراران كلاهما من أعمال للسيادة التي لا تجوز مراجعتها قضائيا.

(١)، المصالح التي تحميها المادة ٧٤ من الدستور، هي تلك التي تتعلق بضمنان الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو أداء مؤسسات الدولة لدورها الدستوري. فكل خطر يهدد إحدى هذه المصالح، يخول رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر. ولا كذلك نص المادة ١٤٨ من الدستور التي تفصل رئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون. وفي ذلك تفويض من الدستور للمشرع في بيان المصالح التي يتدخل رئيس الجمهورية لحمايتها من خلال حالة الطوارئ التي يطنها.

(٢) يعرض رئيس الجمهورية قراره بإعلان حالة الطوارئ على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية، ليقرر ما يراه في شأنها. فإذا كان المجلس ملحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

ولا كذلك للتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار هاتين المادتين. ذلك أن خضوعها للرقابة القضائية لا شبهة فيه، وعلى الأخص من جهة الآثار التي تترتبها هذه التدابير في شأن حقوق الأفراد وحيرياتهم انقلاباً عليها؛ وإهداراً لضمائنها المنصوص عليها في الدستور.

المبحث الثالث

الخطوط العريضة للحالة الطارئة

٥٤٩- لتصوص القانونية المنظمة للأحكام العرفية -التي تقوم حالة الطوارئ محلها اليوم^(١)- مرادة بين الدستور والقانون. ذلك أن الدستور لا يحيط بكل تفصيلاتها، وإنما يقتصر على بيان العريض من خطوطها، وعلى الأخص من جهة تحديده للمسلطة التي تختص بإعلانها، وحصر سريانها في آجال محددة لا تتجاوزها.

وفيما عدا هذه الخطوط العريضة، يتولى المشرع ملء كل فراغ قصر الدستور عن سده، بما يطلق يده في تقرير نصوص قانونية استثنائية خطيرة في مساسها بحقوق الأفراد وحرياتهم؛ ولا يقتصر مداها على بيان نوع المصالح التي يستنهض الإخلال بها إعلان الحالة الطارئة، وإنما تنبسط هذه النصوص إلى حد تفصيل التدابير التي تتخذها الجهة التي عهد إليها المشرع بتنفيذها. ولا تزال حدود هذه السلطة الاستثنائية مختلفا عليها بين الدول بالنظر إلى تفاوتها فيما بينها فسي موالفها من الشرعية الدستورية، وقدر حرصها على التقيد بوجه عام بضوابطها. وهو ما نراه على الأخص في فرنسا ومصر، وهما نموذجان لدولتين تختلفان فيما بينهما في انتهاجهما الديمقراطية أسلوبا وحيدا للحكم، وضمانا نهائيا لميادة القانون.

المطلب الأول

الأحكام العرفية في فرنسا

٥٥٠- تنص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي -في عبارة مركزة - على أن يقرر مجلس الوزراء بمرسوم، إعلان الأحكام العرفية L'état de sie'ge. ولا يجوز بغير إذن من البرلمان، مد أجلها لأكثر من اثني عشر يوما.

L'état de siège est décrété en Conseil des Ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le parlement.

(١) التسمية الصحيحة لحالة الطوارئ، هي حالة الاستعجال L'état d'urgence. ذلك أن كل حالة تعرض للدولة، وتهددها في مصالحها، هي من قبيل الأوضاع الطارئة عليها.

وشأن هذه المادة شأن كل السلطات الاستثنائية التي تؤدي بأثرها إلى انبساط قوة الردع التي تملكها الدولة وإلى حلول السلطة العسكرية محل السلطة المدنية في مجال مباشرة السلطة البوليسية، وعلى الأخص في مجال التفتيش والإبعاد -ويمد اختصاص المحاكم العسكرية إلى الجرائم الموجهة ضد أمن الدولة التي يرتكبها المنفيون.

وكان إعلان الحكم العرفي يقرر من قبل في فرنسا بقانون يصدر خلال دور انعقاد البرلمان بقصد صون حقوق الأفراد وحياتهم. فإذا لم يكن البرلمان منعقداً، كان رئيس الجمهورية يعلن الحكم العرفي بمرسوم يصدر بعد أخذ رأي مجلس الوزراء على أن يدعى البرلمان للانعقاد خلال يومين على ما تنص به المادة الثانية من القانون الصادر في ٣ أبريل ١٨٧٨.

وفي ظل الأوضاع القديمة صدر نص المادة ٣٦ المشار إليها التي نراها خطوة رجعية تترد بها الديمقراطية إلى الوراء، ولو كان لهذه المادة جذورها في أعماق المواقف القديمة التي لا يصححها استقرارها على نحو أو آخر، ولو جمعها نص المادة ٣٦ المشار إليها في شكل قاعدة قانونية مجردة لها من عموم تطبيقاتها ما يكتل سرانيتها في كافة أحوالها دون قيد.

ولما ما كان الأمر، فإن المادة ٣٦ آنفة البيان، ميراثها المنطقية سواء من الناحية السياسية أو القانونية. فمن الجاحية السياسية يفترض إعلان الحكم العرفي تحقق مخاطر فادحة *Un Peril extreme* داخلية أو خارجية تتنذر بآثارها الوخيمة للعاقبة. وهذه المخاطر لها من طبيعتها ما يخلو السلطة التنفيذية أن تعلن الحكم العرفي بقرار يصدر عنها ولا يقبل المراجعة القضائية باعتباره من أعمال السيادة. ذلك أن المقصود أصلاً بإعلان الحافة الطارئة، ومواجهته مخاطر لها من طبيعتها وحدتها ما يقتضى دفعها بما يلائمها من التدابير العاجلة، وعلى الأخص إزاء ما نشهده اليوم من تفاقم صور الصراع الداخلي بين أبناء الوطن الواحد، وتنازع توجهاتهم ونزوعهم أحياناً إلى الانفصال واتساع دائرة القيم الأيديولوجية التي يختلفون عليها، وإمكان لجونهم في هذا الصراع إلى وسائل غير قانونية بعيدة في مداها وأثرها. فلا يكون أمام السلطة التنفيذية بحكم قوتها ووحدةها - غير التدخل لتزج الأمور إلى نصابها بصورة مقترنة، لا توازيها فيها السلطة التشريعية التي تنقسم كثيراً على نفسها بما يجردها من عناصر تماسكها. بل إن ترددها في تقرير الحلول الملائمة لأوضاع حادة، يعجزها عن مواجهتها، لتحل السلطة التنفيذية محلها فيها.

وتلك آفة الديمقراطية التي لن تؤتى ثمارها يوماً، إلا بشرط إنفاذ ضماناتها، وتقرير وسائل حمايتها التي تنهياً بها فعاليتها.

ومن الناحية القانونية، فإن الدستور في اتجاهها إلى تقوية السلطة التنفيذية فـى مواجهة البرلمان، تميل إلى تقرير النصوص القانونية التي تمنحها مركزاً متوقفاً. تكون به يدها هي العليا في مقابلة المخاطر التي تهدد الدولة، ولا تتوصل بها حياتها، أو ينفرد معها نظامها. أو يختل معها تكامل إقليمها.

وهي تواجه هذه المخاطر بوسائلها، ولو كان ذلك عن طريق الحلول محل السلطة المدنية في مهامها، أو بمجاوزة ضوابط الشرعية الدستورية في كثير من جوانبها.

ويقود نص المادة ٣٦ من الدستور الفرنسي من حقوق المواطنين وحرياتهم، من خلال السلطة الاستثنائية التي تمنحها الحكومة لتعصيق تدخلها في شؤونهم. ولم تعد صيغة القانون العرفي في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، صيغة ملائمة مما أبلهها بإجراءات جديدة أيمس منها بندرج تحتها:

* قوانين الحالة الطارئة L'état d'urgence التي كان البرلمان يقرع عليها حتى للعمل بالمرسوم الصادر في ١٩٦٠/٤/١٥ الذي ألغى هذه الضمانة ليُجعل إعلان هذه الحالة بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء على أن يقره البرلمان بعد اثني عشر يوماً من إعلانها، وبشرط أن يتعلق هذا الإعلان بمخاطر محدقة Peril imminente أو بكارثة وطنية أو بخلل خطير في النظام العام. وجميعها مخاطر لا شأن للسلطة العسكرية بها، ولكنها تخول العمد اتخاذ تدابير مختلفة يندرج تحتها الاستيلاء والتفتيش أو الاستدعاء ومراقبة وسائل الاتصال، واعتقال الخطرين وتحديد محال إقامتهم.

* قوانين الاستنفار Mise en garde التي تخول الحكومة حق اتخاذ تدابير استثنائية تعطيهما حرية أكبر في العمل بقصد تأمين القوات المسلحة في تحركاتهم وحشد وحداتها.

* قوانين الدفاع [Defence operationnelle du territoire (DOT)] وهى لا تتعلق بأوضاع استثنائية، وإنما بصورة من صور الدفاع عن الوطن فى مناطق بذاتها [DOT] بما يخول الجيش سلطات بوليسية.

وتعدد هذه القوانين مؤداه، أن تفقد المادة ٣٦ من الدستور الفرنسى وإلى حد كبير- أهميتها؛ وعلى الأخص بعد أن قرر المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٥ يناير ١٩٥٨ أن النص على هذه المادة فى الدستور، لا يبطّل أو يمنع غيرها من النظم الاستثنائية التى ينشئها المشرع. ذلك أن سلطته فى تقرير هذه النظم، مرجعها إلى نص المادة ٣٤ من الدستور التى تفرد للبرلمان باختصاص تقرير النصوص للقانونية فى شأن الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك تحديد ضماناتها الجوهرية التى تصون مباشرتهم لحرياتهم العامة^(١). وهو ما نراه محل نظر، ذلك أن اختصاص البرلمان بضمان حقوق المواطنين وحرياتهم، يفترض ألا يفقدها بتدابير استثنائية ترهقها.

المطلب الثانى

حالة الطوارئ أو الاستعجال فى مصر L'état d'urgence

الفروع الأول

أساسها من الدستور

٥٥١- تنص المادة ١٤٨ من دستور جمهورية مصر العربية على ما يأتى:

>> يحل رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون.

ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه.

(١) انظر فى ذلك مقالين للأستاذ Pierre Daberies والأستاذ Jean Claude Masclet وهما منشورتان فى

المصفحات من ٧٧٩ إلى ٧٨٥ من مؤلف عنوانه: La constitution de la republic française, angbyses et commentaires 2e édition [Economica]

وإذا كان مجلس الشعب منحلًا، يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له.
وفي جميع الأحوال، يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدّها إلا بموافقة مجلس الشعب».

٥٥٢- ويبيّن من هذا النص:

أولاً: أن رئيس الجمهورية هو المختص -دون غيره- بإعلان الحالة الطوارئ أو حالة الاستعجال، كضمانة أدق، وهو لا يعلنها إلا على الوجه المنصوص عليه في القانون. بما موداه أن إعلانها لا يقع إلا وفق الشرط التي يبينها، ويندرج تحتها أن إعلان هذه الحالة مقيد بطوارئ أحد المخاطر التي حددها المشرع حصراً، فلا تقوم حالة الاستعجال في مساواة، وإن تمتنع رئيس الجمهورية بسلطة تقديرية عسبية على الرقابة القضائية في شأن قيام هذه المخاطر أو تخلفها، بشرط أن يتخذ بالأغراض النهائية التي يتعين أن تستنفذها هذه السلطة. فإذا استخدمها انحرفاً بها عن أهدافها، بطل قرار إعلان حالة الاستعجال.

ثانياً: أن حالة الاستعجال لا تعلن إلا لفترة محددة، يجوز مدّها بموافقة السلطة التشريعية. ويلاحظ هنا أن المدة المحددة التي تنص عليها المادة ١٤٨ من الدستور، غير المدة القصيرة أجلها، إذ تفترض المدة القصيرة، اعتدالها وخضوعها لحد أقصى يكون قريباً من بدليتها، ويعتبر نهاية زمنية لها. ولا كذلك المدة المحددة التي يكفي لتوافر شرائطها، أن تكون واقعة بين حدين زمنيين، وإن تعين أن يكونا متقاربين. ذلك أن تحديد مدتها يفترض ضيقها وليس اتساعها، وإن دل الملل على أن شرط المدة المحددة لحالة الاستعجال كقيد على جواز إعلانها، يبدو عقيماً.

ذلك أن السلطة التشريعية تعدد دائماً إلى مد المدة الأصلية لحالة الاستعجال قبل انتهائها، ثم مد الفترة الجديدة -وقبل انقضائها- إلى فترة تالية تتبعها فترة ثالثة ورابعة قبل أن يكتمل زمن كل منها، لتتداخل هذه المدد مع بعضها، وتتضام حلقاتها. فلا يبدو لزمنها من نهاية؛ وكأن فترة

مريادها غير المحدودة، فرض عين على المصريين جميعا، فلا يكون لهم منها فكاكاً. وهو ما نشهده في واقعنا حتى اليوم. وما ذلك إلا لأن السلطة التشريعية لا تفرض رقابتها الحقيقية على مدة إعلان حالة الاستعجال، ولكنها تبسطها تتصلا منها عن مباشرة واجباتها وفقاً للدستور.

ثالثاً: على رئيس الجمهورية -خلال الخمسة عشر يوماً التالية لصدور قراره بإعلان حالة الاستعجال- أن يعرض هذا القرار على السلطة التشريعية حل انعقادها كي تجل بصرها فيه لتقييم جوانبه المختلفة، وعلى الأخص ما تعلق منها بنوع المخاطر التي قصد رئيس الجمهورية إلى مولجتها. ويفترض في السلطة التشريعية عندئذ أن تدير حواراً حقيقياً حول هذه المخاطر، وقوفاً على ماهيتها، وتحرياً لمصادرها، وتحديدًا لدرجة جسامتها، وأن ترز ذلك كله بنظرة محايدة لا تستلهم في شأنها غير مصلحة الوطن، وعليها بالتالي أن تعتمد في تقديرها توافر هذه المخاطر أو تخلفها، على حقائق موضوعية لا يجوز لأحد أن يتوهمها ولا أن يصورها على غير حقيقتها.

وعلا بالفترة الثانية من المادة ٤٨ من الدستور، يتعين على رئيس الجمهورية إذا كان مجلس الشعب منحلًا، أن يعرض قراره بإعلان الحالة الطارئة على المجلس الجديد في أول اجتماع له.

وكان الأولى أن يدعى البرلمان الملحل للنظر في حالة الاستعجال فور إعلانها حتى لا يستطيل زمنها بغير مبرر، خاصة إزاء الطبيعة الاستثنائية للسلطة التي يملكها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي أعلن بسببها حالة الاستعجال. وهي سلطة وخيمة عواقبها سواء في طرائق مباشرتها، أو على صعيد نطاق عدوانها على حقوق الأفراد وحياتهم.

رابعاً: لرئيس الجمهورية أن يتخذ التدابير المخولة له بمقتضى القانون وله كذلك أن يضيف لها حقوقاً جديدة يباشرها غير المنصوص عليها في هذا القانون، وهذه الحقوق الجديدة المضائقة إلى الحقوق المنصوص عليها في القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٨٨. وعلى رئيس الجمهورية أن يعرض عندئذ هذه الحقوق لتبقيها أو تلغيها أو لتقيّد بعض جوانبها.

خامساً: وتظل السلطة الاستثنائية التي يملكها رئيس الجمهورية -في عموم تطبيقاتها- مقيدة بمجابهة المخاطر الداهية -ولو كانت من طبيعة اقتصادية^(١)- على تقدير أن هذه المخاطر هي التي تترأخى بها ضوابط الشرعية الدستورية في أوضاعها المعتادة، لتحل محلها شرعية استثنائية قوامها الضرورة الملجئة، وبقدر متطلباتها.

لا فرق في ذلك بين الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية قبل الدستور القائم أو بعده. ذلك أن ما تنص عليه المادة ١٩١ من الدستور. من أن كل ما قرره القوانين واللوائح السابقة على صدوره، يبقى صحيحاً ونافذاً إلى أن تحلها السلطة التشريعية وفقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في الدستور؛ مؤداه أن تبقى نافذة أوامر رئيس الجمهورية الصادرة قبل هذا الدستور، وأن يظل مريانها جارياً بعده، وإن كان ذلك لا يظهرها من العيوب الدستورية التي قد تنوبها، ولا يعصمها من الطعن بعدم دستورتها وفوق ضوابط الشرعية الدستورية محددة على ضوء ما بيناه فيما تقدم، شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية التي تصدر في ظل الدستور القائم^(٢).

فإذا جاوز رئيس الجمهورية -فيما أصدره من أوامر- نطاق هذه الضرورة، تعين إبطال أوامره.

(١) من بين المخاطر الاقتصادية نفى البطالة وارتفاع معدل التضخم وانتشار الجوع.

(٢) وفي ذلك تقول المحكمة العليا بحكمها الصادر في الدعوى رقم ٣ لسنة ١ قضائية "عليا دستورية بجلستها المعقودة في ١٩٧١/٣/٦ بأن دستور عام ١٩٧١ وقف بنص المادة ١٩١ عند حد النص على استمرار نفاذها تجنباً لحدوث فراغ تشريعي يؤدي إلى الاضطراب والفوضى والإخلال بسير المرافق العامة، وبالعلاقات الاجتماعية إذا سقطت جميع التشريعات المخالفة للدستور فور صدوره. كذلك فإن النص على مجرد استمرار نفاذ التشريعات السابقة على الدستور، لا يظهرها مما قد يشوبها من عيوب، ولا يحصلها ضد الطعن بعدم الدستورية، شأنها في ذلك شأن التشريعات التي تصدر في ظل الدستور القائم. فليس معقولاً أن تكون التشريعات التي صدرت قبل العمل بالدستور في ظل نظم سياسية واجتماعية واقتصادية مغيرة في أسسها وأصولها ومبادئها للنظم التي استحدثتها، بمنأى عن الرقابة التي تخضع لها التشريعات الصادرة في ظل الدستور، وفي إطار نظمه وأصوله المستحدثة، مع أن رقابة دستورتها أولى وأوجب [ص ١٠، من الجزء الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشائها وحجبي نوفمبر ١٩٧٦].

وانظر أيضاً حكم المحكمة العليا في الدعوى رقم ٨ لسنة ٧ قضائية "عليا دستورية" الصادر عنها بجلستها المعقودة في ٧ من مايو ١٩٧٧ -قاعدة رقم ٤٧- ص ٥٨ وما بعدها من الجزء الثاني من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا منذ نوفمبر ١٩٧٦ وحتى تشكيل المحكمة للدستورية العليا.

[ويراجع كذلك حكمها في القضية رقم ٥ لسنة ٧ قضائية "عليا دستورية" ص ١٤٧ من هذه المجموعة].

الفرع الثانيمواجهتها بالقانون

رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨

٥٥٣- يعتبر هذا القانون واحداً من أسوأ القوانين التي عرفتها الحياة التشريعية في مصر. وهو يُلور أخطر القيود على حقوق المواطنين وحرياتهم، وذلك من الأرجس الأتى بيانها:

أولاً: أن المصالح التي يجوز لرئيس الجمهورية التدخل لحمايتها بالتدابير الاستثنائية التي نص عليها هذا القانون، وحددها تفصيلاً، عريضة في اتساعها، بعيدة في آثارها القانونية. فليس بشرط وفقاً لهذا القانون أن يكون الخطر داهماً -حالاً- ولا أن يكون مفاجئاً. ذلك أن مجرد الإخلال بالأمن أو بالنظام العام، يكفي لتحقيق الخطر، ولو كان مداه محدوداً، أو كان خطراً متوقفاً.

ثانياً: لا تحصر التدابير الاستثنائية التي يجوز لرئيس الجمهورية اتخاذها، وفقاً لهذا القانون، في تلك المنصوص عليها فيه. وإنما يجوز لرئيس الجمهورية أن يوسع من نطاقها لتشمل دائرتها حقوقاً جديدة يضيفها إلى الحقوق القائمة؛ فلا تكون الحقوق الجديدة غير حقوق بصطفها، متوسلاً في طلبها، بضرورتها لصون الأمن أو النظام العام.

يؤيد ذلك أن نص المادة الأولى من هذا القانون، تكمل نص المادة ١٤٨ من الدستور التي تخول رئيس الجمهورية إعلان حالة الاستعجال على الوجه المبين في القانون؛ وقد حصر القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ هذه المخاطر في تلك التي يتهدد بها الأمن أو النظام العام، سواء في مصر كلها أو في أجزاء من إقليمها؛ وسواء كان مصدر هذه المخاطر خارجياً فسي صورة حرب أو تهديداً بوقوعها؛ أم كان داخلياً، كاختطاف ولاء؛ أو وقوع كوارث عامة؛ أو لأن اضطراباً داخلياً أحدثها.

ولا شبهة في أن صور المخاطر التي أشار إليها القانون وعددها، يجمعها أن من أثرها الإخلال بالأمن أو النظام العام. وهي بذلك مظاهر لهذا الإخلال لا تستغرق حالاته كلها، ولا تحيط بكل صورها.

يظل الأمن والنظام العام هما المصلحتان الوحيدتان اللتان يجوز لرئيس الجمهورية للتدخل لصونهما وفقاً لأحكام القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨^(١).

وهما بعد مصلحتان تستوعبان كافة المخاطر -أيما كان نوعها أو مصدرها أو درجتها- إذا كان لها من صلة -أيما كان وجهها- باستقرار الدولة في أمنها وهدوئها وسكينتها.

ثالثاً: وإذا أعلن رئيس الجمهورية حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، فإن قراره في ذلك يجب أن يبين نوع المخاطر التي ارتأها كافية لإعلانها، والمنطقة الإقليمية التي تشملها الأوامر التي يصدرها لرد هذه المخاطر؛ وكذلك بدء سريان هذا الإعلان.

ويلاحظ أن هذا القانون وإن أُلزم رئيس الجمهورية بتجديد وقت بدء سريان حالة الاستعجال التي أعلنها، إلا أنه أعفاه من تحديد نهايتها -ولو بصورة تقريبية، وهو ما تفتتح به مدة سريان حالة الاستعجال، إلى أن يقرر رئيس الجمهورية -في حدود سلطته التقديرية- زوال المخاطر التي تدخل بالتكدير الاستثنائية لقمعها. وفي ذلك مخالفة لنص المادة ١٤٨/٢ من الدستور التي تنص على أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محدودة.

الفرع الثالث

انتهاء حالة الاستعجال

٥٥٤- اختصاص رئيس الجمهورية بإنهاء حالة الاستعجال وفقاً لنص المادة الثانية من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨، يرد على المدة الأصلية لسريانها، وكذلك على المدة التي أذن البرلمان بضمها إليها؛ كلما قرر رئيس الجمهورية زوال المخاطر التي أدت إلى إعلانها قبل اكتمال المدة الأصلية، أو للمدة المضافة إليها.

ويقع إنهاء حالة الاستعجال في هاتين الحالتين، بقرار من رئيس الجمهورية.

وهو غير انتهائياً بقوة الدستور، إذا لم يعرض القرار الخاص بإعلانها على السلطة التشريعية في الأجل التي حددتها المادة ١٤٨ من الدستور، أو عرض عليها ولم تقره.

(١) نشر القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بالجريدة الرسمية في ١٩٥٨/٩/٢٨. وقد عدل بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٨ ثم بالقانونين رقمي ٣٧ لسنة ١٩٧٢، ٥٠ لسنة ١٩٨٢.

الفروع الرابع

خصائص التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية

٥٥٥- وتتسم التدابير التي يصدرها رئيس الجمهورية لمواجهة المخاطر التي تفل بالأمّن والنظام العام، بما يأتي:

أولاً: جواز أن تشمل هذه التدابير مصر كلها أو أجزاء من إقليمها.

ثانياً: أن لرئيس الجمهورية في كنفها، سلطة إحداث حقوق جديدة غير التي نص عليها المشرع. لتصير قائمة الحقوق التي يملكها، غير متناهية. كذلك فلن اختصاص رئيس الجمهورية بتقرير حقوق جديدة يضيفها إلى سلطاته الاستثنائية بما يوسعها ويزيد من نطاق الدائرة التي تعمل فيها^(١)؛ هو تفويض لرئيس الجمهورية -بغير نص في الدستور- في تقرير ما يراه من القواعد القانونية والتدابير العملية كإعلان إزهاق المخاطر التي يواجهها. لا يتقيد في ذلك إلا بوجوب عرض الحقوق الجديدة على السلطة التشريعية في أول اجتماع لها، لتقرها أو لترفض الإنزاع بها.

ثالثاً: أن الأوامر -الشفعية أو الكتابية- التي يصدرها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة الثالثة من هذا القانون، لها من اتساعها وشمولها ما يجعلها تنظم الحياة بكل أقطارها.

وهي تنقسم في مجموعها بأنها تحيط بالأفراد في حقوقهم وحرياتهم؛ وأنها تقيد حرية تداول الأموال، وتكاد أن تعطل حركتها؛ وأنها تصادر على الأنفس الحرية الشخصية في كثير من جوانبها. وليس لحرية التعبير معها غير وجود محدود. ومن ثم تنوع هذه الأوامر في صورها؛ وفي محلها؛ وفي الآثار القانونية التي ترتبها.

وقد تصل في قوتها إلى حد مراقبة الرسائل جميعها والاطلاع عليها بغير إذن قضائي؛ وإلى مصادرة وسائل الاتصال والإعلان والدعاية؛ وإلى إغلاق محال توزيعها أو نشرها، ولو كان ذلك قبل نشر المطبوع أو المحرر أو الرسم.

فلا تكون السلطة الاستثنائية التي يصدر رئيس الجمهورية هذه الأوامر في نطاقها، غير سلطة مفرطة في توحشها؛ خطيرة في عواقبها.

(١) الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٥٨.

أ. فالأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية في شأن الأشخاص، تنال عادة من حريتهم في الاجتماع وللتنقل؛ ومن إقامتهم في أماكن بنواتها، أو المرور عبرها، أو التردد عليها في زمن دون آخر. وقد تصدر هذه الأوامر بالقبض عليهم أو باعتقالهم أو بتفتيشهم دون تنفيذ بأحكام قانون الإجراءات الجنائية. وقد يكلفون أداء عمل من الأعمال في غير ضرورة.

ب. وفيما يتعلق بالمحال العامة، يجوز أن تحدد أوامر رئيس الجمهورية مواعيد فتحها وإغلاقها. وقد تصدر هذه الأوامر بإغلاق أنواع منها، كلها أو بعضها.

ج. ولرئيس الجمهورية أن يقرر الاستيلاء على المنقول أو العقار؛ وأن يفرض الحراسة على الأشخاص الاعتبارية؛ وأن يؤجل الوفاء بالدين التي تمتنع على الأموال المستولى عليها، أو التي تفرض الحراسة في شأنها.

د. وقد يصدر في شأن ترخيص الأسلحة أو الذخائر أو المواد القابلة للانفجار على اختلافا، أوامر بحسبها وبتمليها وضبطها وإغلاق مخازنها.

رابعاً: وإذا كان لرئيس الجمهورية أن يصون الأمن أو النظام العام -من خلال الأوامر التي يصدرها طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨- حتى لا يختل أو ينفرط^(١)؛ إلا أن السلطة الاستثنائية التي يملكها -ارتكناً إلى هاتين المصلحتين- لها من اتساعها ما يؤذن بانفلاتها من كوابحها؛ ومن الأفراد بها ما يجعلها قريبة من السلطة المطلقة، وعلى الأخص لأن الرقابة القضائية على هذه الأوامر، قلما تصحبها إلا بعد تنفيذها؛ ومن خلال الحق في التعويض عنها، وهو حق كثيراً ما يكون لتضادها متراخياً، وأقل من أن يكون عادلاً.

خامساً: لرئيس الجمهورية أن يفوض من ينوبه في مباشرة سلطاته الاستثنائية. ولا يجوز بالتالي أن يكون هذا التفويض مجهلاً. ولا أن ينقل السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية، بتمامها إلى من فوض منها. إذ يعتبر ذلك نكولاً من رئيس الجمهورية عن النهوض بمسئوليته السياسية في مواجهة المخاطر القائمة. ويزيد من خطورة الأمر أن القوات المسلحة -وكذلك الشرطة- وهي هيئة مدنية نظامية عملاً بنص المادة ١٨٤ من الدستور- تتوليان تنفيذ الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية؛ وينظمان المحاضر الخاصة بمخالفة

(١) يلاحظ أن مفهوم النظام العام، يتسع لصون الأمن، إذ الأمن أحد العناصر التي يتطلبها ضبط النظام العام.

هذه الأوامر، ويعاونهما الموظفون والمستخدمون في تحريرها. وتفترض صحة كل واقعة أثبتتها هذه المحاضر، إلى أن يقوم التليل على عكسها^(١).

وفي ذلك تفويض لافتراض البراءة، وهو أصل يمتد إلى الدعوى الجنائية حتى الفصل نهائياً فيها، وإلى المراحل السابقة عليها، فلا يسقط هذا الافتراض بخير حكم يكون باناً قاطعاً بوقوع الجريمة بكافة أركانها، وينسبها إلى شخص معين بوصفه فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

ملاحظة: أن كل مخالفة للأوامر التي أصدرها رئيس الجمهورية، تكون عقوبتها هي المنصوص عليها فيها، وذلك دون إخلال بأية عقوبة أشد تقتضي بها القوانين المعمول بها، ويشترط ألا تنص تلك الأوامر على عقوبة يجاوز قدرها، الحد الأقصى المقرر بنص المادة ٥ من قانون حالة الطوارئ^(٢).

ومن ثم يستقل رئيس الجمهورية -ربما لا يخل بهذا الحد الأقصى- ببيان قدر العقوبة التي يستسيبها لكل مخالفة حددتها الأوامر التي أصدرها.

وهي سلطة خطيرة يعيها إطلاقها من القيود، وعدوانها على الحرية الشخصية، من خلال عقوبة يفرضها رئيس الجمهورية، ويتصور تحقق الغلو فيها بما يذلل ضوابط تناسبها مع الجريمة.

وليس للسلطة التشريعية من قول في شيء من ذلك، وإما ينفرد رئيس الجمهورية في حدود سلطته التقديرية، بتحديد أركان كل جريمة تنص عليها الأوامر التي أصدرها، لينتقل الاختصاص بالتجريم، من السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية، انتقالاً يكاد أن يكون كاملاً.

الفرع الخامس

تقديم حالة الاستعجال

٥٥٦- لا يباشر البرلمان رقابة حقيقية على إعلان رئيس الجمهورية حالة الاستعجال، ولا على وقت سريان هذا الإعلان بما يؤذن بتحول سلطته الاستثنائية، من سلطة مؤقتة تدور

(١) مادة ٤ من القانون.

(٢) لا يجوز أن تزيد العقوبة التي تتضمنها الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية -وعلا بنص المادة ٥ من القانون- على الأشغال الشاقة المؤقتة أو على غرامة قدرها أربعة آلاف جنيه. فإذا لم تكن هذه الأوامر قد بينت العقوبة على مخالفة أحكامها، فيعاقب على مخالفتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر، وبغرامة لا تجاوز خمسين جنيهاً، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

مع المخاطر وجوداً وعمداً، إلى ملطة دائمة تبلور نهجاً سلوكياً مطرداً، ولو كان تطبيقها مجاوزاً كل منطق.

وما نشهده حتى اليوم، هو أن الرقابة التي يفرضها البرلمان في شأن حالة الاستعجال ومدتها، هي رقابة مظهرية لا فعلية، لأنها رقابة نظرية لا عملية في حقيقتها.

ذلك أن الأصل في المخاطر التي تواجهها حالة الاستعجال، هو حلولها لا تراخيها؛ وإضرارها بمصالح عرضة في جوهر ملامحها.

كذلك فإن الأصل في الرقابة البرلمانية أن يكون لها من حزمها ما يؤكد فعاليتها في تقرير مسئولية رئيس الجمهورية -سياسياً- عن الأوامر التي أصدرها.

ولا كذلك خضوع الأغلبية البرلمانية للسلطة التنفيذية توجهها وتسلط عليها. فلا تدبّر إلا لها، لتحملها دوماً على إقرار تصرفاتها. فلا تقل أكثر من دعم رئيس الجمهورية في موقفه من إعلان حالة الاستعجال، ومن الأوامر التي أصدرها، ومن نوع الجرائم التي أحدثها، ومن تدابير القبض والاعتقال التي اتخذها.

بل إن الرقابة البرلمانية -حتى مع افتراض فعاليتها- تكون غائبة تماماً خلال الفترة الواقعة بين حل السلطة التشريعية وأول اجتماع لها بعد تشكيلها الجديد.

٥٥٧- وإذا كان الأصل هو ألا ييسط المشرع نطاق التدابير التي يؤولها لرئيس الجمهورية وقت مريان حالة الطوارئ بما يحتم أو يقيد بصورة خطيرة حقوق المواطنين وحرياتهم، ولا أن يضيقها بما يعجز رئيس الجمهورية عن مواجهة أوضاع استثنائية لها متطلباتها المنطقية. فقد تعين أن تكون معقولة هذه التدابير، شرطاً أولياً لموازنة الضرورة الملحة باحتياجاتها.

٥٥٨- وفي مجال نعيم حالة الاستعجال، يتعين أن يلاحظ.

أولاً: أن إقرار السلطة التشريعية إعلان حالة الاستعجال أو زيادة مدتها يجب أن يحصل على موافقة أغلبية خلسة من بين أعضائها.

ولا كذلك الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم التي تقل كثيراً عما يلزم لإقرار تدابير استثنائية في طبيعتها، مترامية في آثارها.

ثانياً: أن حق رئيس الجمهورية في أن يحيل جرائم القانون العام، إلى محاكم أمن الدولة -الاستثنائية في تشكيلها وإجراءاتها ومسير أحكامها- يناقض حق مرتكبيها في المثل أمام قاضيه الطبيعي. وهو قاض لا يعد في تحديده بإدارة المشرع ولو حدد سلفاً أنواع القضايا التي عهد بها إلى الجهة القضائية التي عينها، وإنما هو قاض يكون مهيناً أكثر من غيره بالفصل في القضايا التي يختص بها -لا لأن المشرع عهد بها إليه، وإنما على ضوء طبيعة هذه القضايا وما يلابسها من أوضاع تخصها وتتصل بها، لتكون هذه الطبيعة وتلك الأوضاع، عنصراً موضوعياً فيها يميزها عن غيرها^(١).

ومن ثم يكون نص المادة ٦٨ من الدستور، قيّداً على السلطة التشريعية، ويفترض فيها أن تنزل على فحواه. في مجال تحديدها لمفهوم القاضي الطبيعي، وإلا حين إبطال كل قانون يصدر عنها بالمخالفة لهذا المفهوم.

كذلك فإن الأصل في جرائم القانون العام، أن تكون المحاكم المدنية هي قاضيها الطبيعي. فإذا انتزع رئيس الجمهورية جانباً من هذه الجرائم، وأحالها إلى محاكم أمن الدولة لتفصل نهائياً فيها، كان ذلك تمييزاً غير مبرر بين مواطنين تتحد مراكزهم القانونية التي تقوم على وحدة مكوناتها. والتي تغترض خضوعهم بكل فئاتهم، للقضاء عليهم.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

<<إن الناس جميعهم لا يتمايزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عنها؛ ولا في فعالية ضمانات الدفاع التي يكفلها الدستور والمشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في لقضائياتها وفق مقاييس موحدة عند توافر شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنظمها. وإنما تكون للحقوق عينها قواعد موحدة في مجال طلبها؛ وتحصيلها؛ والطعن في الأحكام التي تنطبق بها.

ولا يجوز بالتالي أن يقيم المشرع فيما بين المواطنين، تمييزاً غير مبرر في شأن إعصال هذه القواعد، بما يعطلها لتريق من بينهم أو يقيد^(٢)>>.

(١) انظر في مفهوم القاضي الطبيعي - لقضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ١٩٥٨/٥ - قاعدة رقم ٧ - ص ١٠٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموع أحكامها.
(٢) الحكم السابق ص ١١٣، ١١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ثالثاً: أن ما تنص عليه المادة ٨ من قانون حالة الطوارئ، من تحويل رئيس الجمهورية -في المناطق الخاضعة لنظام قضائي خاص، أو بالنسبة إلى قضايا بذواتها يحددها- سلطة إسدان الفصل فيها إلى دوائر أمن دولة يتم تشكيلها بكامل أعضائها من الضباط، مع تقيدها بالقواعد الإجرائية التي نص عليها رئيس الجمهورية في أمر تشكيلها، يناقض قاعدتين أرستهما المحكمة الدستورية العليا.

لأولهما: أن انتزاع رئيس الجمهورية قضايا بذواتها من المحاكم المدنية التي تختص أصلاً بالفصل فيها، وإسدان نظرها إلى محاكم أمن الدولة التي ليس لها ضماناتها، يعتبر تدخلاً في شئون السلطة القضائية التي تقيض بيدها على القضايا التي تدخل في اختصاصها، فلا يكون توزيعها فيما بين محاكمها إلا عملاً داخلياً لا يجوز لجهة دخيلة عليها أن تنقم نفسها فيه^(١).

ثانيهما: أن التنظيم الإجرائي للخصومة القضائية، وإن كان لا يفترض وحدة الأشكال الإجرائية التي تصاغ الخصومة فيها، إلا أن المحكمة الدستورية العليا تقيداً جوهرياً على حرية المشرع في اختيار البدائل الإجرائية لتنظيم الخصومة القضائية، وذلك بنصبها على أن تعدد الأشكال التي يقتضيها إنفاذ حق النقاضي، لا يجوز أن يخل بأية ضمانات جهرية تمثل إطاراً حيوياً لصون الحقوق على اختلافها، بما يرد العنوان عنها من خلال قواعد قانونية يكون إصافها حائلاً دون تحفيها على أحد^(٢).

هاتان القاعدتان اللتان تجيزان تنوع الأشكال الإجرائية للخصومة القضائية، وتمنعان تدخل السلطة التنفيذية في أية خصومة قضائية -ولو من خلال إعادة توزيعها للقضايا- لتفصل فيها جهة غير التي تختص أصلاً بنظرها؛ تكملها قاعدة ثالثة مؤداها أن كل خصومة قضائية لا يفصل فيها غير قاضيهما الطبيعي، ولو كان هذا الفصل واقعاً في إطار الأوضاع الاستثنائية. ذلك أن عرض كل خصومة على قاض يكون أقرب من غيره لأوضاع ومتطلبات الفصل فيها، من القواعد الأولية التي فرضتها الأمم المتحدة في توصلها مع بعضها البعض، وفيما تقيد به نفسها من الضوابط التي تلتزمها في سلوكها، فلا يكون إهدارها أو التخلي عنها، مقبولاً.

(١) و(٢) دستورية عليا-القضية رقم ٣٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٩٩٥/١٢/٢ -قاعدة رقم

١٤- ص ٢٤٧ من الجزء السابع من أحكامها.

ولا شبهة في أن أية محكمة يشكلها المشرع من الضباط وحدهم، تنبو بخصائصها هذه، عن مفهوم القاضي الطبيعي.

ذلك أن أعضائها لا يمثلون إلا السلطة التي يدينون لها بالولاء، ويتلقون منها تنظيماتهم. وهي سلطة وإن كانت غير مدنية؛ إلا أن المشرع عهد إليها بالفصل في أية مخالفة يرتكبها مدنيون للأوامر التي أصدرها رئيس الجمهورية. وهو ما يبلور كذلك عدوانا خطيراً على استقلال السلطة القضائية وتجردها.

رابعاً: أن ما تنص عليه المادة ٣٢ من قانون حالة الطوارئ من أن الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة، لا تكون نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية، مؤداه أن تصير السلطة التنفيذية شريكاً في أعمال السلطة القضائية، بما يجيز إعادة النظر فيها وتحويل بنيتها.

وما يقال من أن هذا التصديق يتدخل في العمل القضائي، وتلقه بالتالي الصفة القضائية لهذا العمل^(١)؛ مردود بأن العناصر التي تتدخل مع بعضها، تفترض توافقها فيما بينها بما يجعل استقلالها متصوراً.

ولا كذلك سلطة التصديق، التي يتولاهما رئيس الجمهورية أصلاً، والتي لا تلتزم بخصائصها، وطريقة تكوين الحكم القضائي باعتباره فاصلاً بصورة محايدة، ووفق قواعد قانونية محددة سلفاً، في خصومة محورها الحقوق المتنازع عليها بين أطرافها.

خامساً : وما تنص عليه المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ من أن لرئيس الجمهورية عند عرض الحكم عليه أن يبذل العقوبة المقضى بها بما هو أقل منها؛ وأن يخففها؛ وأن يلغى أية عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية؛ وأن يجعل العقوبة -كلها أو بعضها- موقوفاً تنفيذها؛ وأن يلغى الحكم مع حفظ الدعوى الجنائية، أو مع الأمر بإعادة محاكمة المتهم أمام دائرة أخرى؛ كل ذلك يناقض ما هو مقرر دستورياً من أن السلطة التنفيذية لا يجوز أن تجهض حكماً قضائياً قبل صدوره؛ ولا أن تقرر إنهاء آثاره بعد النطق به؛ ولا أن تعطل لكتمال تنفيذه؛

(١) قررت المحكمة الدستورية العليا في حكمها في القضية رقم ٩ لسنة ١ قضائية "دستورية" الصادر عنها في جلستها المنعقدة في ١٩٨١/٢/٧ المنشور في ص ١٧٢ وما بعدها من الجزء الأول من مجموعة أحكامها- أن اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي، تعتبر جهة مستقلة عن جهتي القضاء العادي والإداري، وأن اعتماد مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي لقراراتها لا يعيبها، وإنما يتدخل في عمل اللجنة القضائية وتلقه لزوماً الصفة القضائية لقراراتها، وهو ما نراه محل نظر.

ولا أن تحور بنين العناصر التي قام عليها، ولا أن تعيد تشكيلها في صورة جديدة؛ ولا أن تكمل أجزاء قصر في رأيها عن أن يحيط بها؛ ولا أن تزيد بنفسها ما اعتراه من غموض؛ ولا أن تفرض فهمها على قواعدها. شأن السلطة التنفيذية في ذلك، شأن السلطة التشريعية التي كفل الدستور استقلال السلطة القضائية في مواجهتهما؛ وحظر تدخل إحداها في شؤونها أو تعويق أعمالها أو تحريفها، وكفل لأحكامها -ولو لم تكن نهائية- حقيقتها، فلا تسقطها السلطة التنفيذية أو التشريعية بعمل من جانبها^(١).

٥٥٩- وتردد المحكمة الدستورية العليا ذلك بقولها :

>>> على السلطة التنفيذية بوجه خاص ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع يجهض قراراً قضائياً قبل صدوره، أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذاً كاملاً.

وليس لعمل تشريعي أن ينقض قراراً قضائياً ولا أن يحور الآثار التي رتبها، ولا أن يعدل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر في أحكامها. ذلك أن موضوعية خضوع السلطة القضائية للقانون يفترض استقلالها لضمان حصول من يلونون بها على الترضية القضائية التي يطلبونها لرد عنوان على حقوقهم أو حرياتهم. كذلك لا نقل حديثها شأن عن استقلالها، إذ هما عنصران فاعلان في صون رسالتها، بما يؤكد تكاملهما^(٢).

سادساً: وتحليل نص المادة ١٤ من قانون حالة الطوارئ، مؤداه أن لرئيس الجمهورية أن يفعل بالأحكام القضائية ما يشاء، يبقها أو يلغيها أو يعدلها أو يعتمدها، كل ذلك في إطار سلطة تقديرية لا قيد عليها، وهي سلطة يسير بها خصماً وحكماً في شأن الأوامر التي أصدرها.

فالمخاللون لهذه الأوامر يقدمون إلى محاكم أمن الدولة بدرجتها الجزئية والعالية. وهي تفصل في جرائمهم بما لا يخل بالقواعد الإجرائية الخاصة التي نص عليها قانون حالة الطوارئ، وأهمها خضوع أحكامها للتصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية، وإمكان تحويله لبنيانها من خلال مبادرته لسلطة التصديق التي لا تجرد فيها، علي تقدير أن المصدق يعتبر طرفاً في الأوامر المتظلم منها أمام هذه المحاكم. وهو ما يناقض المادتين ١٦٥ و ١٦٦ من

(١) دستورية عليا - طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٥ قضائية- جلسة ١٩٨٨/٤/٢- ص ٣٧٧ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) دستورية عليا - القضية رقم ٢٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية- قاعدة رقم ٤٩- جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦- ص ٧٦٩ و ٧٧٠ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الدستور اللتين تقرضان في العمل التضايفي ألا يصدر عن نزعة شخصية تبلور أهواء النفس أو عثراتها.

٥٦٠- ويظل المضمون الحق لكل قانون، مرتبطاً بكيفية تطبيقه، وإن تعين القول بأن الشرعية الدستورية لا شأن لها بالنوايا الشخصية للقائمين على تنفيذ القانون. وإذما النصوص التي احتواها -على مضمونها وأثرها القانوني- هي التي يجب تقييمها من منظور اتفاقها أو اختلافها مع الدستور.

مبدأ: ليس ثمة قانون أُنذح خطراً على حقوق المواطنين وحرياتهم، من قانون حالة الاستعجال التي نراها قائمة في مصر حتى اليوم لا تفرقها في أهلها وضحاياها، وكأن مصر مسجاة لهذا القانون، ولو قيل بأن تطبيقه مقصور على عتاة المجرمين والإرهابيين.

ذلك أن دوام حالة الطوارئ في مصر يناقض حقيقة أن مخاطر الإخلال بالأمن أو بالنظام العام، لها طبيعة استثنائية وعرضية في أن واحد Exceptionnelle et transitoire؛ وأن حالة الاستعجال تبلور خطراً جسيماً يهدد الدولة ذاتها، سواء في وجودها أو تواصل بقائتها كالغزو والعصيان والمجاعة والوباء. أو بتعبير أدق، حالة تتجم عنها مخاطر لها بأسها، وتتأزم بها الأوضاع القائمة، بالنظر إلى علو هذه المخاطر في طبيعتها الاستثنائية، Highly exceptional، وضرورة مواجهتها بالتدابير الكافية لتخطيها^(١).

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها: بأن الأصل في حالة الطوارئ أن يكون إعلانها لمواجهة نذر خطيرة تهدد بها المصالح القومية. وقد تنال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها أو سلامتها لمخاطر داهية^(٢).

(١) انظر في ذلك المادة ٤ من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية. وشيبه بها قانون كادي بحرف حالة الاستعجال على النحو الآتي:

L'état d'urgence est une situation de crise causée par des menaces envers la sécurité du Canada d'une gravité telle qu'elle constitue une situation de crise nationale.

(٢) "دستورية عليا" للطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية "تفسير" -قاعدة رقم ١- ص ٤٦٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

الفرع السادس موقف القانون المقارن من حالة الاستعجال

٥٦١- تلك حالة الاستعجال في مصر -التي لا انقطاع في تواصل حلقاتها- فهل تتفق شريعتها والمفاهيم السائدة بين الدول.

أ. وهل يتفق قانون حالة الاستعجال -وكانها الأصل في الأوضاع التي نعيشها، لا الاستثناء منها، وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من أن الدول أطرافها- إذا دهمها خطر طرأ عليها بما يهدد حياة أمتها^(١)، The life of the nation أن تتخذ لرد هذا الخطر عنها، تدابير تخرج بها على التزاماتها المقررة بمقتضى هذا العهد، بشرط أن يكون الإعلان عن هذا الخطر قد تم رسمياً؛ وأن تصدر هذه التدابير عنها، بما لا يجاوز قدر الضرورة التي تقتضيها مواجهة الأوضاع الطارئة عليها To the extent strictly required by the exigencies of the situation ويمرعاة ألا تخل تلك التدابير بالتزاماتها التي تفرضها عليها قواعد القانون الدولي العام، وألا يكون دافعها الوحيد إلى اتخاذها، تقرير تمييز يقوم في مبداه على الأصل الاجتماعي أو العرق أو اللون أو العقيدة أو اللغة أو الجنس^(٢).

ب. كذلك فإن نص المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وإن خول كلا من الدول أطرافها -في حالة الحرب أو الخطر العام الذي يهدد حياة شعبها- الخروج على

(١) لا تعلن حالة الاستعجال في كندا إلا من قبل الحكومة المركزية، ولمخاطر قومية، وهي حالة وإن لم ينص الدستور عليها، إلا أن القضاء يقول بالندراجها ضمن قواعد. وهي تخول البرلمان سلطات واسعة يتدخل بها في اختصاصات المجالس التشريعية المقاطعات. ويفسرون ذلك بأن المصالح الذاتية المقاطعات، تنقلب إلى مصالح مجمعة للحكومة المركزية
Gerald - A- Beaudoin, Constitution du Canada, 2 e Tirage, revisee, 1991, p.138.

(٢) ووفق على هذه الاتفاقية، وفتحت للتصديق عليها والانضمام لها بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 A (XXI) في ١٢/١٢/١٩٦٦. ويلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة منها تقتضي بأن طرء الأخطار المشمل إليها في فقرتها الأولى لا يجيز الخروج على أحكام المواد ٦، ٧، ٨ منها. وهي في مجملها تتعلق بحق الإنسان في الحياة، وبمستأنع تنفيذ عقوبة الإعدام -في السجون التي تجيزها- في غير أكثر الجرائم خطورة؛ وحظر تنفيذها على الحوامل؛ وعدم جواز توقيعها على من هم دون الثالثة عشرة؛ وكذلك حظر الإبادة الجماعية العرقية؛ أو فرض عقوبة أو معاملة قسرية أو مهينة للإنسان، بما في ذلك حظر تضييع واسترقاقه، وأشكال التعامل في الأشخاص على اختلافها Slave- Trade وإجراء تجربة طبية أو علمية عليه، بغير رضاه.

التزاماتها المنصوص عليها في هذه الاتفاقية؛ إلا أن هذه الاتفاقية تلزمها بالأخذ في الوقت ذاته بأحكام مواد الاتفاقية ٢٠/٤١ والتي تمنعها من استبعاد الأشخاص، أو تعذيبهم، أو تقرير قوانين جنائية بأثر رجعي، أو إهدار الحق في الحياة، ما لم يكن إزهاقها قد نجم عن أعمال حربية مشروعة.

بما مؤداه أنه حتى في الأحوال التي يكون فيها الخطر ماحقا، فإن ثمة قيوداً لا يجوز أن تسقطها السلطة التنفيذية في مواجهتها لهذا الخطر، حتى مع تزايد امتيازاتها في الأوضاع الاستثنائية التي تحيط بها.

ج. وتفرض الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، قيوداً مماثلة على السلطة الاستثنائية التي تكفلها هذه الاتفاقية للدول أطرافها في زمن الحرب، أو الخطر العام، أو غير ذلك من الأوضاع الطارئة التي تهدد أمنها واستقلالها. ذلك أن للفقرة الأولى من المادة ٢٧ من تلك الاتفاقية لم تجز الخروج على أحكامها حتى مع تحقق هذه المخاطر، إلا بقدر الضرورة التي يقتضيها دفعها، وبشرط ألا تقتض التدابير التي تتخذها لرد تلك المخاطر، للترسانة الأخرى التي تفرضها عليها قواعد القانون الدولي العام، والألا تقوم على تمييز يرتكز على العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو العقيدة، أو الأصل الاجتماعي.

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من الاتفاقية المشار إليها، على أن الحق في الشخصية القانونية والحق في الحياة؛ وفي التحرر من الرق؛ وفي سرمان القوانين الجنائية بأثر مباشر؛ والحق في اعتناق أية عقيدة؛ وفي تكوين أسرة؛ والحق في الاسم؛ وحقوق الطفل؛ والحق في الجنسية؛ والحق في الإسهام في العمل العام؛ والحق في الانتفاع بكل ضمانات قضائية تقتضيها حماية هذه الحقوق جميعها، لا يجوز وقفها^(١).

الفرع السابع

اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يحيلها إليها رئيس الجمهورية

بعد إعلان حالة الطوارئ

٥٦٢- ويلاحظ أخيراً أن الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ -بعد تعديلها بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠- وإن خولت رئيس الجمهورية متى أعلن حالة الطوارئ، أن يحيل إلى القضاء العسكري لياً من الجرائم التي

(١) هذه الحقوق منصوص عليها في المواد ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٥، ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، ٣٠ من الاتفاقية.

بمعلق عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر؛ وكانت المحكمة الدستورية العليا -وفي نطاق اختصاصها بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً- قد قررت أن ما قصده القانون بذلك الفقرة، هو جواز إحالة كافة الجرائم المشار إليها فيها سواء كانت هذه الجرائم محددة بنوعها تحديداً مجرداً، أم كانت معينة بنواتها بعد ارتكابها فعلاً^(١)؛ إلا أن قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك، لم يكن فصلاً في اتفاق هذه الفقرة أو خروجها عن الدستور، بل اقتصر نطاق هذا القرار على تحديد ما توخاه المشرع منها على ضوء عباراتها والأعمال التحضيرية التي قارنتها.

وبتحديد المحكمة الدستورية العليا لهذا القصد على النحو المتقدم، يفتح طريق إبطال حكم المادة ٢/٦ من قانون الأحكام العسكرية. ذلك أن التفسير التشريعي الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في شأن الفقرة المذكورة، مؤداه جواز أن يحيل رئيس الجمهورية كافة الجرائم -سواء منها جرائم للقانون العام- إلى قضاء استثنائي بطبيعته لا تتوافر فيه ضمانات الحيادة والاستقلال، ولا للقواعد المنصفة التي تتم على ضوءها محاكمة المتهمين المثلين أمام المحاكم العسكرية. فلا يكون إسناد هذه الجرائم إلى هذه المحاكم؛ غير خروج مباشر على نص للمادة ٦٨ من الدستور التي تخول للناس جميعهم، حق اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي..

(١) دستورية عليا -الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية "تفسير" قاعدة رقم ١-ص ٤٧ من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

المبحث الرابع

ضوابط الرقابة على المستورية في حالة الخطر العلم

٥٦٣- ترتبط حالة الاستعجال بوجود مخاطر شديدة الوطء، Dire، أصيلة Genuine في ماهيتها؛ لا متوهمة أو زائفة Subterfuge في مظاهرها؛ غير مستطاع توقعها أو دفعها بالنظر إلى عنصر المداومة فيها، وعمق آثارها- بالوسائل القانونية المعتادة التي تقصر فرصها -سواء في طبيعتها أو توقيتها- عن أن توفر للدولة وسائل الدفاع الملائمة عن كيانها أو مؤسساتها.

ويتعين بالتالي أن تأخذ جهة الرقابة على المستورية في تقييمها لهذه الحالة، بمعيار حد

التقدير The margin of appreciation.

ذلك أن الدول جميعها لا تواجه المخاطر التي تعرض لها، إلا من خلال تقدير مبدئي يصدر عنها في شأن عنصرين:

أولهما: وجود هذه المخاطر في حقيقتها، وخصائصها، ومدادها.

ثانيهما: ما يناسبها من التدابير للتخلص منها.

ويفترض في هذا التقدير المبدئي -بخصريه- أن يكون منطقيا. وهو يكون كذلك إذا كان واقعا في حدود تقتضيها ضرورة رد هذه المخاطر على أعقابها. ولا كذلك أن يكون هذا للتقدير قائما على الاندفاع أو التهور أو الأهواء. وإنما هو تقدير موضوعي مبناه حقائق قائمة تشهد بها الأوضاع الماثلة -لا في كل تفصيلاتها- وإنما في المريض من خطوطها؛ وفيما هو ظاهر من ملامحها، وإمراة أمرين.

أولهما: أن موضوعية المخاطر، نفترض وجودا واقعا لعناصرها؛ وتقديرا متوازنا لوجه إضرارها باستقرار الجماعة، أو دوام حياتها المنظمة. ويفترض ذلك تعاضم هذه المخاطر، وإحداها، وعمق آثارها.

ثانيهما: أن تقابل هذه المخاطر بتدابير استثنائية لها من تنوعها، ومرونتها، وحزمها، مايكفل إجهاضها، أو يحول دون تفاقم أضرارها.

ومن غير المتصور بالتالي اللجوء إلى سلطة استثنائية لا ضابط لها، لمواجهة مخاطر قائمة يكون دفعها بالوسائل القانونية للمعتادة كافيا. وهو ما يقتضي العمل بالتدابير الاستثنائية في أضيق الحدود التي تقوم بها الضرورة الملحة التي تريد وطأتها عما يكون من صور الحظر مألوفاً أو متداولاً^(١).

(١) انظر من ذلك مقالة عنوانها:

Judicial Review of State derogations from human rights obligations in International treaties.

-International Institute of Human Rights Society, New Delhi, Human Rights Year - Book 1993, Released by Dr. Awad El Mor (Chief justice of The Supreme Constitutional Court of Egypt) Edited by P.H. Parekh.

الفصل الثالث

سلطات الحرب الاستثنائية والرقابة على دستورها

للمبحث الأول

خطورة الحرب والاختصاص بإعلانها

٥٦٤- لا تبقى الحرب ولا تنز. ولكنها تكلل الأخضر واليابس. تكفر بنتائجها وجوه، وتطو جباه. وليس مثل أهوالها شيء. ذلك أن دائرة التكمير التي تشملها غير متناهية، سواء كان للتكمير نفسيا أو ماديا. والحقوق التي تهدرها، والدماء التي تريقها لا ينفصلان عن آثارها. ومخاطرها تحيط بكل ما حولها، وليس الحق دائما في جانبها.

وكثيرا ما يكون الدخول فيها تعاليا بالقوة في عطرستها؛ واستصحابا من بعض الدول لأهوالها في فرض كلمتها على الآخرين. فلا تكون حروبها غير تسير عن نزواتها وإكثار للحق في الحياة، وكلها من خلقها.

ولأن للحرب آثارا خطيرة بالنظر إلى مساسها المباشر بأمن الوطن؛ وكان إعلانها يعنى القبول بشروطها، وتحمل نتائجها، والتعويض عن أضرارها، وعلى الأخص ما اتصل منها بأموال المواطنين وحرياتهم؛ وكان خسارتها مؤداه أن يفرض المنتصرون كلمتهم، فقد ارتبط شأنها بالسلطة التي خولها الدستور هذه الولاية.

وتفصح الحقائق العملية وكذلك النصوص القانونية المنظمة لاختصاص إعلان الحروب، عن أن الدول تنقسم في ذلك إلى عدة فرق: إحداها: أن رئيس الجمهورية هو الأكثر والأكثر على تقييم الأوضاع الدولية التي يتصل قرار إعلان الحرب بها. وتولي ثانيها: حق هذا الإعلان للسلطة التشريعية بنفسها ودون غيرها، على تقدير أن مصادر الثروة في بلد ما ودماء أبنائها، لا يجوز أن يفرد بتقرير مصيرها شخص واحد هو رئيس الجمهورية، وإن كان ذلك لا يخل بحقه في أن يتخذ منفردا كل تكبير يراه ضروريا لمواجهه هجمة مفاجئة على بلده. ولرئيس الجمهورية كذلك أن يعمل منفردا إذا لم تكن السلطة التشريعية منعقدة. ذلك أن حالة الحرب حالة واقعية يتعين أن يواجهها رئيس الجمهورية بالتدابير الملائمة^(١). فلا تبقى

(١) The Prize Cases, 2B1. (67U.S.)635, 669(1863); See also, The Protector, 12 Wall. (79U.S.) 700-702 (1872).

الأعمال العدائية المتخذة ضد بلده، أو ضد المواطنين فيها، أو ضد مصالحهم التجارية في البحار، بغير رد.

وتحرص ثالثها: علي أن يكون قرار إعلان الحرب محصلة توافق أو اتفاق فيما بين الممثلين التشريعية والتنفيذية علي شأنها، توخيا للحصول علي أكبر قدر من الإجماع علي تحمل مسئوليتها ومواجهة مخاطرها. ويعهد رابعها: بهذا الاختصاص -علي الأكل في الدول الفيدرالية- إلي مجلس الشيوخ بها، علي تقدير أنه أقل عددا من مجلس النواب، ولكن حكمه. ولأن الولايات غالبا ما تكون ممثلة فيه بصورة متكافئة بما يرعي مصالحها.

٥٦٥- وفي مصر تنص المادة ١٥٠ من دستورها، علي أن رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى لقواتها المسلحة، وهو يعلن الحرب بعد موافقة السلطة التشريعية.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يتولى الكونجرس -لا رئيس الجمهورية- إعلانها عملاً بالفصل الثامن من المادة الأولى من الدستور الفيدرالي التي تخول الكونجرس كذلك، تكوين الجيوش ودعها Raise and Support Armies من خلال رصد الأموال اللازمة لها لفترة لا تزيد علي سنتين. وللكونجرس كذلك الحق في تكوين وصون الأسطول، وأن ينظم الميليشيا ويسلحها ويسل علي ضبط نظامها. وهو يدعوها لتنفيذ قوانين الاتحاد، ويسحق ككل عصيان أو تمرد. وسلطته في ذلك عريضة في امتناعها إلي حد تجويزها في زمن الحرب، القوانين التي تعتبر مخالفة للمستور في زمن السلم. ذلك أن هذه السلطة لا تتناول بالتتظيم مسائل تدخل عادة في اختصاص الولايات الأعضاء في الاتحاد. وهي تتخذ لتحقيق ذلك، ما نراه من القوانين الملائمة والضرورية (١) The proper and necessary clause.

(١) M.Farrand, The Records of the Federal Convention of 1787 (New Haven: rev.ed. 1937), 313.

وكد دأبت أصوات قليلة عن أن الاختصاص بإعلان الحرب، كل يجب أن يعهد به إلي رئيس الجمهورية الذي لن يشن حرباً إلا اذا كلفت الأمة توكيده فيها.

المبحث الثاني

الواجبات التي تفرضها الحرب على الدولة

٥٦٦- وأيا كانت الجهة التي اختصها الدستور بإعلان الحرب، فإن إعلانها يقتضيها أن توفر الأوضاع الأفضل التي يقتضيها الدفاع عن الوطن. وعليها بالتالي أن تعمل جاهدة على أن يتهيأ لجيوشها على اختلافها، لكثير الوسائل القتالية كفاءة وأفضل الفرص لإدارة عملياتها الحربية، وأن تتعامل مع الأوضاع التي أفرزتها الحرب حتى بعد انتهاء الأعمال العدائية، وأن يكون ذلك كله موكولا إلى حكمتها وحسن تقديرها. وبمراعاة أن سلطتها التقديرية في ذلك لا تقتصر على مجرد قهر الغزاة ورد العصاة على أعقابهم، ولكنها تحمل في أعطافها وبالضرورة- حق الاستنفار بما يحول دون تجدد القتال^(١)؛ وكذلك سلطة مواجهة الشرور الناجمة عن الأعمال القتالية، ليس فقط اعتبارا من بذنها وحتى لنتائجها. وإنما كذلك لتعويض المضرورين عما نالهم من نتائجها بعد انتهاء للقتال.

ذلك أن إعلان الدولة حربا على غيرها، يخولها كامل سلطاتها التي يندرج تحتها اتخاذ كل إجراء وتبني يؤثر في عملياتها، ويوجهها. فلا ينحصر مداها في سحق الغزاة والمتمردين، ولا في ردعهم عن حدود الدولة الإقليمية. وإنما تنبع سلطاتها لمهام الدفاع عن الوطن بكل صورها؛ بما في ذلك تجهيز الجيوش وتنظيمها وتسلحها، وصون معداتها القتالية وتطويرها، وضمان تنفيذها في توقيتاتها على مسرح القتال، وتحقيق أمن أفرادها من أية مخاطر يكون النزق أو الإهمال سببها، ولا تقتضيها الأعمال الحربية في ذاتها، ولا الطبيعة العرضية لأثارها.

وينصل بضرورة للتجهيز للحرب، ودعم وسائل وفرص الفوز بها، أن القوات المسلحة قد تعلن عن حاجتها لبعض المتطوعين للعمل في وحداتها، وعلى الأخص في قواتها ووسائل دفاعها الجوية بالنظر إلى ما طرأ من تطور خطير على صناعة الطيران الحربي، والقدرة الفائقة للطائرة الحربية على إطلاق قذائفها بدقة متناهية وإمكان اعتراضها هي والطائرة التي تحملها قبل أن تصل أهدافها؛ وتعد وسائل الدفاع جوا، وتطور شبكتها، والقوة المدمرة لصواريخها.

وإذا تفاضل القوات المسلحة بين هؤلاء المتطوعين، فذلك لاختيار أفضل العناصر من بينهم، بالنظر إلى ملكاتهم العقلية وإمكاناتهم البدنية وجراتهم وحزمهم وثباتهم وهذوء

(١) Stewart v. Kahn, 11 Wall. (78 U.S.) 493 (1871).

أعصابهم، وسرعة تصرفهم في التعامل مع الأوضاع الحربية المتغيرة، وقدرتهم على اتخاذ قرار حاسم بشأنها قد يؤثر في مصيرها.

ومن ثم تكون مهاراتهم Skill؛ وطريقة أدائهم لواجباتهم، Performance؛ وسرعتهم في اتخاذ القرار Speed، وثباتهم Reflexes وقوة أعصابهم Nerves وجراثيمهم Guts، وصفاء ذهنهم Brains؛ شرطاً لاستخدامهم.

لا تمييز في ذلك بين الرجل والمرأة. إذ الجدارة بكافة عناصرها، هي التي تقدم بعضهم على بعض، وهي التي تتوافر بها عناصر التفرد التي يتفاضل بها بعض المعترّاحين على الوظيفة على بعض، ليكون مناهل أولويتهم في شغلها، تفوقهم Excellence من جهة قدر استعدادهم Readiness ونأههم Preparedness وصلابتهم Strength ومرونتهم Flexibility. ودون ذلك يكون التمييز بين الرجل والمرأة غير مشروع، ومخالفاً للدمستور.

٥٦٧- ويظل ثابتاً أن الاستعداد للحرب زمن السلم، هو أقصر الطرق وأوثقها لضمان تجنبها The surest means of avoiding war, is to prepare it in peace.

ذلك أن القوة لا تردعها إلا قوة توازيها أو ترجحها، فلا يكون التقابل بين قوتين غير تقدير لعناصر التوازن أو التفاضل بينهما.

وفي ذلك ضمان لإجهاض نوازع الشر قبل استئحالها، والتعبير عنها من خلال حرب هجومية أو دفاعية.

وعليها بالتالي أن تتخذ للحرب أهبتها، وأن تنهيا لمولجتها إذا اضطرم أوارها. ولا يتحقق ذلك إلا من خلال وسائل تكفل لها المنعة والغلبة. ويندرج تحتها، تشبيدها الطرق السريعة، ونشر شبكتها وضمان تواصل خطوطها، وتوافر بدائلها؛ والعمل على استثمار الطاقة النووية لاستخدامها في الأغراض السلمية والحربية على سواء؛ وإنشاء سدود لاحتجاز ميساء الأنهار بقصد توليد الكهرباء منها؛ ورصد الأموال الضخمة لتطوير البرامج التنظيمية وتحديثها؛ واقتحام علوم الفضاء، وحفز المواطنين على الإقبال عليها. ذلك أن الدول جميعها حقاً رئيسياً في أن تتخذ كافة التدابير التي تؤمن بها وجودها.

المبحث الثالث

الآثار التي ترتبها الحرب على حقوق الأفراد

٥٦٨- وصح القول بالتالي بجواز الحد من حقوق الأفراد بقدر الضرورة التي تملأها الأوضاع الحربية، كفرض قيود على الأسعار ولجور المساكن، وتقليص الوسائل الإجرائية التي ينازع الأفراد من خلالها في مشروعية بعض أعمال الحكومة. إذ من المفترض في كل مواطن أن يقبل في خضم الحرب الشاملة التي يعيشها، التضحية ببعض حقوقه كحقوق الملكية، وأن يتحمل صعباً لا تقل عن تلك التي يلزم الجنود بها في حومة الوعى، ولتى قد يفقدون حياتهم بسببها^(١). بل إن سلطنة الدولة في إقصاء غير المواطنين عن إقليمها وقت الأعمال الحربية، تكاد أن تكون كاملة^(٢).

ولا مخالفه في القيود التي تفرضها حالة الحرب أو إعلانها للدستور، بشرط ارتباطها عقلاً بأهدافها.

فالذين يستثيرون الجماهير ويحرضونها على عصيان الحكومة بمناسبة حرب أعلنتها، وكذلك الذين ينامضون الأعمال الحربية وينادون بوقفها، إنما يؤثرون بأقوالهم التي يروجونها في عيضة المقاتلين، فلا يحميها الدستور. ولو كانت مثل هذه الأقوال جائزة في زمن السلم بالنظر إلى إعاقتها الأعمال الحربية، وتقويضها عزيمة المحاربين^(٣).

ويتعين بالتالي على جهة الرقابة على الدستورية، أن تبطل كل قانون لا تظهر فيه صلة منطقية بين القواعد الاستثنائية التي أتى بها، وبين مخاطر الأعمال الحربية ومتطلباتها.

فإذا كان هذا القانون جنائياً؛ وكان مشوباً بالغموض بما يجعل أحكامه، فلا يفقهها أوساط الناس، ولا يفقهون بالتالي على دلالتها. بل يتخبطون في فهمها وفيما قصده المشرع منها، فإن دائرة التجريم تختلط بأفعال لا شبهة في مشروعيتها، بما يصم هذا القانون بمخالفة الدستور، ولو ندرج المشرع بأن حرباً قائمة لها متطلباتها؛ وأن ذلك القانون ما أقر إلا في نطاق الضرورة التي أملتها. ذلك إن حقوق المواطنين وحياتهم الجوهرية، لا يجوز الإخلال

(١) Hamilton v. Kentucky Distilleries and Warehouse Co., 251 U.S. 146 (1919); Lichter v. United States, 334 U.S. 742, 779 (1948).

(٢) Fila Fiallo v. Bell, 340 U.S. 787 (1977).

(٣) Gilbert v. Minnesota, 254 U.S. 325 (1920); See Schenck v. United States, 249 U.S. 47, (1919); Debs v. United States 249 U.S. 211 (1919).

بضماناتها^(١)، ويندرج تحتها حظر تعذيبهم، أو إيقاع عقوبة عليهم بأثر رجعي؛ ولوعن جرائم حدد المشرع أركانها بما لاخفاء فيه.

كذلك فإن موقعهم إلى دائرة الاتهام في غير جريمة تقتضيها الضرورة الاجتماعية، يقيد من حريتهم دون مقتض. ولا يجوز كذلك حتى في الأوضاع الاستثنائية، معاملتهم بما لا يحفظ عليهم كرامتهم.

وفي الدول الفيدرالية، يتعين التمييز من جهة بين مصالح قومية لا تخص ولاياتها، وليس لها من شأن بها، ولا تعتبر مقطعة من اختصاصاتها التي كانت تباشرها قبل انضمامها إلى الاتحاد؛ وبين الشؤون المحلية التي تدخل أصلاً في اختصاص ولاياتها - كل في نطاق إقليمها - من جهة ثانية.

ذلك أن تولى الحكومة المركزية للشؤون القومية التي تتفرد بتصرفها؛ وتنهض وحدها على مسؤوليتها؛ وتنظمها بتشريعاتها، دون الشؤون المحلية التي تتفرد بها ولاياتها، مرده أن هذين النوعين من الشؤون مختلفان مصداً وطبيعة.

وما يقال من أن الحكومة المركزية لا يجوز أن تباشر من الحقوق غير تلك التي عدتها نصوص الدستور الفيدرالي واختصتها بها Enumerated rights بصريح ألفاظها؛ وكذلك ما يندرج ضمناً Implied rights في إطار اختصاصاتها المصروح لها بها، مما يكون ملائماً وضرورياً لإعمال مقتضاها Laws necessary and proper to Carry these express powers into execution، لا يصدق إلا على الشؤون المحلية التي ما كان للحكومة المركزية أن تباشر بعض جوانبها، لو لم يكن الدستور الفيدرالي قد لقطعها من ولاياتها بعد قبولها النزول عنها، كأثر لانضمامها إلى بعضها البعض، في إطار وحدة فيدرالية تجمعها.

ولا كذلك الشؤون القومية التي ليس لولاياتها من دخل بها، ولا وجه لتدخلها فيها، إذ هي التي تحفظ للدولة الفيدرالية تمامها، وتكفل انضمامها إلى أسرة الدول.

(١) تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في ذلك:

Even the war power does not remove constitutional limitations safeguarding essential liberties.

انظر في ذلك:

Home Building and Loan Asso. v Blaisdell, 290 U.S. 398 (1934)

ومن ثم كان منطقياً أن تتفرد للحكومة المركزية بمباشرة حقوق السيادة ففى الشؤون الخارجية. وهى حقوق يندرج تحتها إعلان الحرب وشنها؛ والجنوح إلى السلم؛ وإبرام أية معاهدة دولية تربطها بغيرها من الدول؛ وصون علاقاتها الدبلوماسية معها؛ وامتناع تدخلها فى شئونها.

وهذه الشؤون القومية التى تظل حقاً منفرداً للحكومة المركزية، لا تنتقلها عن المستوى الفيدرالى، ولكنها تتفرد بتصرفها بالنظر إلى تعلقها بالسيادة الخارجية التى تملكها وتحيط بها، ولو لم يعهد الدستور الفيدرالى لها بها.

ذلك أن حقوق الدولة الفيدرالية فى هذا النطاق تماثل -فى طبيعتها- للحقوق المقررة لغيرها من الدول الأعضاء فى الجماعة الدولية. وهى ترتد -فى مصدرها- إلى قواعد قانون الأمم The Law of Nations التى تحكم علاقاتها بغيرها من الدول.

وإذا كان ما يتعلق بالشؤون القومية، إما يدخل فى الاختصاص المنفرد للدولة الفيدرالية بحكم انتمائها إلى أسرة الأمم؛ فإن إعلانها حرباً على غيرها من الدول، وإن كان شأناً قومياً تتولاه بغير نص فى الدستور، إلا أن تصديها للحقوق الفردية لمواطنيها فى ولاياتها، وتنظيمها لها بعد هذا الإعلان، بما يقيدها؛ مؤداه انتزاعها جانباً من اختصاص ولاياتها فى الحدود التى يقتضيها تنظيم هذه الحقوق.

٥٦٩- ويتصل بالحرب وسلطاتها أمران على قدر كبير من الأهمية:

أولهما: أن إعداد الجيوش للمهام القتالية على اختلافها، ليس مما يجوز التهاون فيه. وعلى السلطة التشريعية منفردة أو بالتعاون مع رئيس الجمهورية، أن تتخذ كافة التدابير -بما فى ذلك توفير الموارد المالية الكافية- التى تعينها على بلوغ قواتها المملحة غاية الكمال فى تنظيمها وضبطها وتجهيزها للقتال حتى لا تتعرض خطأها، أو تخطئ قدراتها. ولا يدخل ذلك بحقها فى دعوة الميليشيا وتنظيمها وتسليحها. بل إن هذا الحق يعقبر تابعاً للحق فى تنظيم جيوشها وإعدادها كي تكون أعز نفراً، وأمتن عدة، وأفضل تدريباً، وأشد شكيمة.

ولا يجوز بالتالى أن يتقاعس المواطنون عن الاخطار فيها وفقاً للقانون. وإنما يلزمون جميعهم بالالتحاق بها إذا توافرت فيهم شروط انخراطهم فيها، Sanctioned

Compulsory Military Service، ولو ناقض فرض التجنيد عليهم، حق آبائهم في توجيههم أو توليهم لشئونهم وإشرافهم عليها^(١).

ذلك أن المجندين يتساوون في أهليتهم وتكاتفهم لحماية أوطانهم. ولا يعتبر حملهم على العمل في إطار خدمتهم الإلزامية بها، من قبيل الارتفاق أو الصخرة. ذلك أن حظر الارتفاق والسخرة لا يتوخى غير ضمان الحرية في حماية حكومة قادرة لا يتصور بعد تجريدها من سلطاتها الحيوية التي ترد بها العدوان عن إقليمها، أن تكون قادرة على حماية مواطنيها من الاستعباد. وعليهم بالتالي أداء الخدمة التي يقتضيها واجبهم في الدفاع عن وطنهم في مواجهة المحن التي يتعرض لها، ولو كانت هذه الخدمة استثنائية في طبيعتها^(٢).

ويظل أداء الخدمة العسكرية واجبا إلزاميا على المطلوبين لها، ولو كان لبعضهم وجه للاعتراض على خوض القتال بالنظر إلى وجهة نظر فلسفية يستصوبونها، أو لأن عقيدتهم الدينية تمنعهم من أدائها، سواء بالنسبة إلى حرب بذاتها أو في الحروب جميعها. Conscientious Objectors

ذلك أن واجبهم في الدفاع عن الوطن، يتقدم معتقداتهم جميعها، إذ ليس لأحد حقا من الدستور A Constitutional Right في التخلي عن وطنه وقت الشدة حتى مع صحة القول -وهو صحيح- بأن اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم أوضاع العسكريين -الذين يختلف مجتمعها عن المدنيين- عريض الانتفاع شديد المرونة^(٣)، وأن جهة الرقابة القضائية على الدستورية، تحيل إلى حسن تقدير السلطة التشريعية Deference to Legislative Judgment في مجال تنظيمها لشئون العسكريين وضبطها لنظامهم ودعمها لقواتهم تجهيزا وتسليحا وتمويلا .

(١) نظرت بعض الولايات في أمريكا إلى التجنيد الإجباري باعتباره منطويا على نوع من الارتفاق مقرر جبرا ضد المواطنين الذين يدعون إلى الخدمة بالمخالفة للتعديل الثالث عشر للمنتور الأمريكي الذي يقضي بأنه لا يجوز استبعاد أو فرض ارتفاق على أي شخص في الولايات المتحدة أو في الأماكن الخاضعة لولايتها، ما لم يكن ذلك عقابا على جريمة حوكم الشخص عنها وفقا للقانون. فطر في ذلك ص ٣١٣ من مؤلف عنوانه "منتور الولايات المتحدة الأمريكية -تحليل وتفسير، أعدته خدمة الكونجرس البحثية- مكتبة الكونجرس -واشنطن طبعة ١٩٩٦".

(٢) Butler V. Perry, 240 U.S.328,333 (1916); See also United States v.O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

وفي هذه القضية الأخيرة ألزمت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية قانونا يحظر على المطلوبين للتجنيد تمزيق بطاقات استدعائهم للخدمة.

See also, Rostker v.Goldberg, 453 U.S.57,59 (1981).

(٣) Parker V. Levy, 417 U.S. 733 (1974).

وصبح بالتالي حمل هؤلاء المعارضين على أداء الخدمة العسكرية التي يرفضونها، وإن جاز للسلطة التشريعية - التي تقر تشريعاتها وفق السياسة التي ترتأها - أن تتسامح مع الذين ينفرون من القتال عديدة - لا تخذلاً - على تقدير أن ذلك من الرخص التي تملكها في حدود سلطتها التقديرية التي تخولها كذلك حرمان المقاتلين من حمل مواد أو أوراق تؤثر في ولائهم أو تخل بنظامهم أو تقوض قيمهم الخلقية^(١) أو تدعوهم إلى عصيان الأوامر^(٢).

ولها - فضلاً عما تقدم - أن تمتنع من التظاهر أو الدفاع في وحداتهم عن مذاهبهم السياسية^(٣)؛ وأن تحدد كذلك من الأشخاص الذين يقبلون في الخدمة العسكرية وقواعد توزيعهم، ونطاق حقهم في التعويض عن خدمتهم.

ولحالة جهة الرقابة على الدستورية إلى حسن تقدير السلطة التشريعية في وزنها لاحتياجات الجيوش والأسطول، هي التي دعته إلى الحكم بدستورية تشريعاتها التي تقصر الخدمة العسكرية على الرجال دون النساء بالنظر إلى الطبيعة الخاصة والمقتدة للنظم العسكرية، التي لا يعينها غير ضبط النظام في الوحدات القتالية، والارتفاع بقوة عزميتها وضمان تماسكها خلقياً ومحتوياً ومادياً.

ثانيهما: أن شرور الأعمال الحربية وويلاتها لا تقتصر على المضار المترتبة على خوض معاركها؛ ولكنها تتراخى أحياناً - وبالنظر إلى تطور مخاطر الأعمال الحربية في معطياتها المعاصرة - لملين عديدة بعد انتهائها.

وهي تلحق بالتنمية الداخلية على الأخص، أضراراً عميقة إزاء توجيه الموارد جميعها - بما كان منها مادياً أو بشرياً - للمجهود الحربي، سواء وقت التمهيد للأعمال الحربية أم بعد بدائها وحتى نهايتها.

ولو جاز للسلطة التشريعية أن تتدخل بتشريعاتها لتضمد كافة الجراح التي نكأها الأعمال الحربية - لملين عديدة بعد انتهائها - وأن تلجأ في ذلك إلى الحقوق المفرطة في مذاهبها، والتي تخولها إياها سلطاتها في الحرب - وهي غامضة في ماهيتها، وتخومها، أو للدائرة الحقيقية التي تعمل فيها - لصار بوسعها أن تبشر سلطة استثنائية في طبيعتها في غير الأحوال التي رصدتها الدستور عليها، استثماراً منها لهذه السلطة في غير موجباتها،

(١) Greer v. Spock, 424 U.S. 828 (1976).

(٢) Parker v. Levy, 417 U.S. 733 (1974).

(٣) Rostker v. Goldberg, 453 U.S. 57 (1981).

ولقاء من جهتها على حالة حرب لم يعد لها من وجود، من خلال بسطها إلى آفاق لا تسعها، بما يناقض الأغراض المقصودة منه^(١).

فلا تكون التدابير التي تتخذها الهيئة النيابية بعد انتهاء الأعمال الحربية، غير ركون من جانبها لسلطانها الاستثنائية التي خولتها إياها حرباً خاضها الوطن وانطفاً لهيبها.

وإن تحكمها في هذه التدابير غير العاطفة الوطنية التي لا تزال منقذة جذوتها حتى بعد انتهاء الأعمال الحربية.

وعادة تتأثر جهة الرقابة على الدستورية بهذه العوامل الوطنية عند تقييمها دستورية القوانين المطروحة عليها، فلا تزنها بالقسط، وإنما تميل معها وإليها لتخطو بها نحو بر الأمان، بما في ذلك تساهلها في تقييم مشروعية القيود التي فرضتها على مواطنيها، ولو تحقق ذلك في الدول الفيدرالية من خلال انتزاع سلطتها التشريعية المركزية، جانباً من الحقوق التي يدخل تنظيمها أصلاً في اختصاص ولايتها.

وبعداً عن العاطفة الوطنية، فإن جهة الرقابة للقضائية عن الدستورية، كثيراً ما تسترد في تقييم التدابير الاستثنائية التي تواجه بها الدولة حرباً تخوضها، إما لاعتبار يتعلق بالتحوط في مباشرة هذه الجهة للقضائية لولايتها؛ وإما لعدم رغبتها في مباشرة هذه الولاية في مواجهة تدابير غير مألوفة لها؛ وإما لأن السلطة التشريعية أو التنفيذية هي الأكثر على تقييم ملائمة هذه التدابير؛ وإما بناء على هذه العوامل جميعها.

٥٧٠ - ويتعين بالتالي أن نوازن بين أمرين :

أولهما: أن الآثار الخطيرة عواقبها، الناجمة عن الأعمال الحربية بعد انتهائها، لا يجوز تركها على حالها حتى لا نتناقم.

ثانيهما: أن تنظيم الأعمال الحربية في بدئها وحتى انتهائها، بل وإلى ما بعد عودة المقاتلين إلى وطنهم وإقائهم لأسلحتهم؛ وإن كان شأننا قومياً؛ إلا أن استعمال الهيئة النيابية لسلطانها الاستثنائية -التي لا تملكها أصلاً إلا في خضم حروبها وبمناسبتها- لتنظيم أوضاع خلفتها بعد انتهائها، لا يجوز القبول به إلا لفترة قصيرة نسبياً، حتى لا تؤول سلطاتها

(١) انظر في ذلك الرأي المخالف للتأني Jackson في قضية:

Woods v. Cloyd W. Miller, Co. 333 U.S. 138 (1948).

الاستثنائية هذه، إلى حقوق دائمة تتسلط بها على مواطنيها، وتقيد بها حرياتهم، فلا ينفكون منها.

وعلى ضوء الموازنة بين هذين الاعتبارين، يتعين على جهة الرقابة عن للدستورية، أن تنظر من جهة إلى العلاقة المنطقية بين نتائج الأعمال الحربية ودرجة خطورتها على المصالح القومية إذا لم تتدخل السلطة التشريعية لعلاجها من جهة؛ وإلى نوع ونطاق التدابير التي اتخذتها لمواجهة مضار هذه الأعمال من جهة ثانية؛ وأن تمحص بالتالي كل حالة على حدة على ضوء ظروفها ومتطلباتها. فالمقاتلون الذين يعودون إلى الوطن بعد تسريحهم، فلما تتوافر لهم فرص العمل المواتية، أو تنهيا لهم أماكن يستظلون بها ويفيئون إليها لإيوائهم فيها.

إذا تدخل المشرع لإنهاء بطالتهم، وضمنان سكانهم، كان ذلك شأنًا وثيق الصلة بالسلامة القومية في أبعادها الداخلية؛ لا يقل أهمية عن ضرورة صونها من المخاطر الخارجية التي تهددها، والتي قد تعجز الدولة أحيانا عن مواجهتها، بغير إعلانها حربا على الطامعين فيها، بخد أن تعد لها القوة التي تستطيعها لإرهابهم وإزهاق باطلهم.

وللسلطة التشريعية أن تقرر القواعد التي تعيد الحكومة على ضوئها، النظر في العقود التي أبرمها المتعاقبون معها، من أجل تزويد الجيش والأسطول باحتياجاتهما، وأن تقطع من أرباحهم التي حققتها هذه العقود، ما يزيد على مدداتها المنطقية.

ذلك أن السلطة التشريعية، وإن كان من اختصاصها أن توفر لقواتها المسلحة ضروراتها التي تعينها على القتال، إلا أن شرط ذلك أن تحصل عليها بالوسائل الضرورية والملائمة. فلا يتخذ المتعاقبون مع الدولة من الحرب التي أعلنتها، طريقا إلى الانتهاز للحصول بسببها على غنائم طائلة لا يمرر لها. ولا يعتبر تفويض الحكومة في إعادة النظر في تلك العقود، والتفاوض عليها من جديد، مخالفا للدستور. ذلك أن كل سلطة لها أصل من قواعد الدستور، تقيد بالضرورة إمكان التفويض فيها بما يحقق أغراضها؛ ويكفل فعاليتها.

ويبدو ذلك جليا على الأخص بالنسبة إلى سلطة الحرب التي تتمتع الهيئة النيابية في نطاقها بسلطة تقديرية واسعة تخولها بالضرورة اختيار أفضل البدائل لإعمال مقتضاها.

كذلك فإن سلطة الحكومة في استرداد الأرباح المغالى فيها التي حصل عليها، أو التي سيجنيتها المتعاقبون معها بمناسبة الأعمال الحربية أو بسببها، لا تعتبر من قبيل الاستيلاء غير المشروع على أموالهم؛ ولا هي لانتزاع الملكية الخاصة لغرض عام بغير الوسائل القانونية

السليمة؛ ولا هي عقوبة توقعها الحكومة عليهم؛ ولكنها أكثر شديداً بسلطانها في التكنخل في الأسعار أثناء الأعمال الحربية، لتحديد أقصاها. وهي قريبة كذلك من الضريبة المتصاعدة التي تقتضيها على الدخول المرتفعة إلى حد اقتطاع جزء هام منها يزيد بطبيعته على الحدود المقبولة للدخل^(١).

٥٧١- وللسلطة التشريعية - ويحكم مسئوليتها عن صون المصالح القومية لبلادها زمن الحرب - أن تفرض رقابتها على أسعار السلع، وأجرة الأماكن في النطاق الداخلي؛ وأن توفر لأصحابها عاتداً معقولا لحقوق الملكية عليها. ولا يعتبر ذلك إخلالا منها بشرط الوسائل للقانونية السليمة^(٢).

وكما كان الجراء على مخالفة القيود التي فرضتها على هذه الأسعار وتلك الأجرة، جنائيا، فإن تشريعاتها المقررة لهذا الجراء، يتعين أن تصاغ بما لا يجهل بمضمونها، أو يشير الغموض حول حقيقة نواهيها. ولا يكفي بالتالي أن ينص القانون على أن الأجرة والأسعار المسموح بها، هي تلك التي لا مغالة فيها. ذلك أن حد المغالة هو مجاوزة حدود الاعتدال، وكلاهما تعبير غامض لا يحدد بصفة قطعية نطاق الأعمال التي أنمها المشرع، ولا يكشف بما لا خفاء فيه، عن حقيقة أوصالها.

وفيما يتعلق بالسلع التي تنتم بقلة المعروض منها في الأسواق؛ فإن ترشيد استهلاكها Rationing لضمان حصول السكان جميعهم على الحد الأدنى لاحتياجاتهم منها، يكون حقا للسلطة التشريعية التي لها كذلك أن تفوض رئيس الجمهورية في هذا الاختصاص. ولا يعتبر هذا التفويض مخالفا للدستور.

ذلك أن مباشرتها لسلطانها الاستثنائية العريضة في اتساعها زمن الحرب؛ هو إعمال من جانبها لسلطانها التقديرية التي تكفل بها لأنها أدق مصالحها، وتؤمن من خلالها حياتها. بل إن سلطانها في ذلك تكاد أن تكون كاملة، شأنها شأن سلطانها البوليسية التي ترعى من خلالها الأوضاع الصحية لمواطنيها، وتكفل بها سلامتهم، وقيمهم الأخلاقية.

ويتعين بالتالي استنهاض كل قرينة تؤكد دستورية تشريعاتها في هذا المجال؛ ولو كان سريانها بعد انتهاء الأعمال العدائية.

(١) Renegotiation Act of 1951, 65 Stat. 7 as Amended.

(٢) Woods v. Cloyd W. Miller Co., 333 U.S. 138 (1948).

ومن المحقق كذلك، فإن اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التي يلتزم مواطنوها بها -فى نطاق جهودها لضمان تقدم الأعمال القتالية، ويلوغ الأغراض المقصودة منها- قد يقتضيها منعمهم من التجول فى مناطق بذواتها أو إجلائهم عنها^١.

فلا يدخلونها، أو يقربونها، أو يبقون فيها، أو يرتكبون عملا بها، وإلا حق عقابهم إذا كانوا يطمون أو كان ينبغى عليهم العلم بحقيقة هذه المناطق، وبالتدابير الاستثنائية التى تحيطها^(٢).

على أن الاختصاص بحظر تجول المواطنين فى بعض المناطق أو إجلائهم عنها، لا يخول السلطة التشريعية ولا التنفيذية، أن تأمر باحتجاز مواطنين لم يصدر فى شأنهم اتهام بالعصيان أو بالمروق عن الولاء لوطنهم.

ذلك أن احتجازهم على هذا النحو ولفترة تزيد عما يكون ضروريا للتحقق من سلوكهم - يعتبر عملا منطويا على حرمانهم من الوسائل القانونية السليمة التى يقتضيها تحقيق دفاعهم. وكذلك من حريتهم فى التنقل والعمل، وإخلالا باقتراض برائتهم، فلا يكون الإخراج عنهم إلا حقا دستوريا.

(١) ومن ذلك منع الأشخاص الذين هم من أصل ياباني Of Japanese ancestry من التجول فى سواحلها الغربية. ورغم أن المحكمة القدرالية العليا أباحت هذا الحظر، إلا أن قضائتها Roberts, Murphy, Jackson, اعترضوا عليه على أساس أنه يشمل بأحكامه المواطنين والأجانب، ولأنه يقيم تمييزا عنصريا لا أساس له من الدستور، ويحرم الأمريكيين من أصل ياباني - من الحماية القانونية المكافئة للمحموس عليها فى التعديل الخامس للدستور. وهو كذلك ومنعمهم من العمل والترحال فى الأماكن التى يختارونها، ومن التحرك بحرية فى وطنهم الأمريكى. وقد جردهم هذا الحظر كذلك من الوسائل القانونية السليمة التى يستطيعون من خلالها عرض وجهة نظرهم فى شأن ذلك الحظر. ولكن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية أجازت احتجاز هؤلاء اليابانيين وإعادة توطينهم وذلك فى قضية.

Korematsu.v.United States,323U.S.214 (1944).

(٢) يحدد قادة الجيوش عادة -كل فى نطاق سلطته الميدانية- المناطق المحظورة للتجول فيها أو التى يخفى المواطنون منها، وقد يحددها رئيس الجمهورية بصفته كقائد أعلى للقوات المسلحة، أو يحددها وزير الدفاع إذا فوض فى ذلك.

المبحث الرابع

اختصاص رئيس الجمهورية في مواجهة الأعمال العدائية

٥٧٢- ويختص رئيس الجمهورية -وباعتباره القائد الأعلى للقوات المسلحة- بتوجيهها في تحركاتها، واستخدامها بالكيفية التي يقدّر ملامحتها لتحقيق أهدافها، من إرهاب القذاة ومطاردة قلوبهم حتى حدود دولتهم، أو فيما وراهما.

ومن ثم تكون القوة المسلحة، هي اليد التي يبطش بها إرهابا لأعداء بلده، ولحصار مدائنهم وقطع طرق إمداداتهم، واختراق خطوطهم الخفية، وللحصول على كافة الحقائق عن تجمعاتهم ومصادر قوتهم وكيفية توزيعها، وحركتها، وخططها التي أعدتها للغزو، وكذلك عن شخصية القادة الذين يديرون معاركها وميولهم وانحرافاتهم. وسلطته في ذلك واسعة تصل إلى حد عزله لقادة جنده وإحلال آخرين محلهم.

ذلك أن تحقيق القوات المسلحة لمهامها القتالية على أتم وجه، يفترض خضوعها لرقابته، وكذلك سيطرته على كافة الموارد الاقتصادية التي تنبجها بلده، وأن يفرض حظرا على دخول أماكن حسدها، وأن تعين أن يأخذ موافقة السلطة التشريعية على بعض هذه التدابير أو كلها، أو أن يحصل منها على تفويض بإجرائها إذا كان الاختصاص بها أصلا دخالاً في ولايتها.

وما تقرر أحيانا جهة الرقابة على الدستورية من أنها لا يجوز أن تحل تقديرها محل تقدير رئيس الجمهورية في التدابير التي اتخذها، ولا أن تتناقض حكمها؛ ولا أن تعارض حريته في المفاضلة بين البدائل، واختيار أنسبها وأفضلها لدعم المجهود الحربي؛ لا يجوز أن يؤخذ على إطلاق.

ذلك أن صون حقوق المواطن وحرياته الأساسية، ضرورة لا يجوز التفرط فيها حتى في زمن الحرب. والقول بأن حواتج الأعمال الحربية أو متطلباتها، تقتضى انتزاع المواطنين من ديارهم وحملهم على تركها -ولو بصفة مؤقتة- أو احتجازهم وإعادة توطينهم في غير أماكنهم الأصلية؛ مردود بأن رئيس الجمهورية لا يجوز أن يقيم هذه التدابير أو ما يماثلها على نوازع عرقية -أو بناء على غيرها من صور التمييز بين المواطنين- التي لا يجوز القبول بها- وحسر عنها إنصافها؛ شأن رئيس الجمهورية في ذلك شأن قادة للجيش فيما يتخذونه من تدابير.

ولا يجوز بالتالى أن تترك السلطة القضائية فى اعتمادها لهذه التدابير -وما هو على منوالها- على أنها لا يجوز أن تحل نفسها محل تقدير قادة الجيوش، ولا أن تتناقص صوابهم فيما فعلوه، ولا حكمتهم فيما أمروا به. ذلك أن الحقائق التاريخية تشهد فى مجموعها، بأن شمة قواعد جهورية تحكم إدارة الأعمال الحربية، وأن من يواجهون هذه الأعمال كثيرا ما تخفوا وراءها لإساءة استعمال سلطاتهم، وأن احتجازهم بعض الأشخاص كان فى كثير من صورته، بغير مبرر.

ويتعين على السلطة القضائية بالتالى إخضاع هذه التدابير لرقابتها باعتبارها وسائل لتحقيق أغراض تستهدفها الأعمال الحربية.

فإذا لم يكن لهذه التدابير من صلة بأهدافها الرئيسية، بل لأحقها رئيس الجمهورية أو معاونوه عليها، لتخرج عن الدائرة التى رصدها الدستور إطارا لها، فإن إبطالها لمخالفتها الدستور، يكون واجبا.

٥٧٣- ويظل ثابتا أن للحرب بسلطانها الاستثنائية، عارض يطرأ على الدولة. وعليها بالتالى أن تتقيد فى مباشرتها لسلطانها هذه، بالضرورة التى أملتها، حتى لا تتحول سلطاتها العرضية المقيدة بدواعيها، إلى حقوق دائمة مغلقة ضوابطها.

ويتعين دائما أن يؤخذ فى الاعتبار أن للتدابير بوجه عام -فى إطار نيتها فى حسن تقدير السلطتين التشريعية والتنفيذية لطبيعة ونطاق المخاطر التى تهدد الوطن- تمنحان هاتين السلطتين حرية كبيرة فى مجال تقييم المخاطر فى أصلها ومداهما، وكذلك فيما يعتبر من التدابير التى يتخذونها لمواجهة هذه المخاطر، لئلا يجهضها أو الحد من تقاليمها^(١).

ذلك أن سلطة الدولة فى اتخاذ هذه التدابير، لا تنفصل عن واجبها فى العمل بكل طاقاتها على صون وجودها. ولها فى هذا النطاق، أن تعتمد كل تدبير تراه ضروريا^(٢).

ولا يجوز لها بالتالى فى غير الحرب الفعلية -كالحرب الباردة- أن تعتقل أفرادا لمجرد انتمائهم إلى حزب يعارضها، ولا أن تمنعهم من تولي وظيفة فى منشأة دفاعية. بل إن حرمانهم من العمل، يفرض عليهم الخيار بين انتزاع الحق فيه، وبين حرمتهم فى التعبير والاجتماع للدفاع عن الآراء التى يؤمنون بها. وهو خيار سيئ لمخالفته للدستور، خاصة إذا

(١) Parker V. Levy, 417 U.S.733, 758(1974).

(٢) Ex parte Milligan, 4 Wall. (71 U.S.) 2 (1866).

كان الحرمان من العمل، من الاتساع، ليشمل الذين يهددون الدولة من خلال الأفكار الهدامة التي يروجونها، ويعملون على تحطيم الدولة من خلالها؛ وغيرهم ممن يعتقون أفكارا تعارضها، ولا يعادونها أو يهددونها.

المبحث الخامس

تقييم وسائل مباشرة سلطة الحرب

٥٧٤- ويتعين أن يكون واضحاً أن إعلان السلطة التنفيذية أو التشريعية أو بالتفاهم بينهما، حرباً على دولة أخرى، ليس مجرد إفصاح عن النوايا قبلها، وإنما هو ابتداء وانتهاء ضمنان لشنها وتوجيهها بوسائل مفكرة، وبلاطرق الأفضل لتحقيق نتائجها المرجوة.

وصح القول بالتالى بأن ما لا يكون مقبولاً دستورياً من القوانين فى زمن السلم، قد يكون موافقاً للدستور إذا أقرتها السلطة التشريعية بمناسبة الأعمال الحربية أو بسببها، وأن لوجه الحماية التى يكفلها الدستور لحقوق الأفراد وحرياتهم تقتضى معاملة مختلفة وقت الأعمال الحربية، وفي سياقها The Military Context.

وأية ذلك أن بعض صور التمييز التى تعتبر منهايا عنها زمن السلم لمخالفتها للدستور، هى ذاتها التى نعتدها -أحياناً- جهة الرقابة على الدستورية إذا اقتضتها الأوضاع الحربية وفرضتها متطلباتها.

فالتمييز بين المواطنين تبعاً لأصلهم غير جائز أصلاً. ولكن المحكمة العليا الفيدرالية أقرت دستورية قانون صدر عن الكونجرس يخول الحكومة احتجاز وإعادة توطين اليابانيين المقيمين فى الساحل الغربى للولايات المتحدة الأمريكية، بالرغم من أن هؤلاء اليابانيين صاروا من مواطنيها بعد ميلادهم فيها. وكان سندها فى ذلك، أن هذا القانون، توى منعهم من أعمال التجسس وغيرها من الأعمال التخريبية Sabotage وكذلك صون للشواطئ الغربىة للولايات المتحدة الأمريكية من احتمال هجوم معاد من اليابان عليها، وعلى أساس أن هذا القانون كان متاسباً مع الخطر المائل، شأنه فى ذلك شأن غيره من القوانين التى تقرضها الأوضاع الحربية وتقتضيها. فلا تكون القيود التى تقرضها جهة الرقابة على الدستورية على الهيئة النيابية فى زمن السلم، غير الوجه المقابل لإطلاق سلطاتها الاستثنائية زمن الحرب، بقدر توحيها الأغراض المقصودة من الأعمال الحربية^١.

(١) Korematsu v. United States, 323 U. S. 214, 220 (1944); See also, Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, second edition, p. 355.

والحكم الصادر عن المحكمة العليا فى هذا لموضوع منقذ، ذلك أن مجرد احتمال وقوع أعمال عدائية من اليابان على الساحل الغربى للولايات المتحدة الأمريكية، لا يبرر اعتقال أو احتجاز مواطنين لمجرد أنهم من أصل ياباني. وكان بوسع الدولة أن تقيد تنقلاتهم، وأن تمنعهم من الاقتراب من مناطق معينة تحدها. فضلاً عن أن الإجراء المتخذ ضد الأمريكيين من أصل ياباني، لم يتعلق بمن ينلون منهم الحكومة أو يهددون.

وفى ذلك يقول Laurence H. Tribe أن النظرة القضائية لسلطات الحرب باعتبارها غير محدودة فى مداها وخاصة أثناء الحرب ذاتها- هى التى تقدم فى النهاية، أكثر الدعايم قسوة للرقابة الصارمة التى تفرضها السلطة القضائية على السلطة التشريعية من أجل حملها على تنفيذ الحقوق الخاصة زمن السلم.

فإذا لم تقم السلطة القضائية بواجبها فى تكرير السلطة التشريعية بالتزاماتها الدستورية حين يكون بوسعها أن تنبئها إلى ضرورة النزول عليها، فإن الأكل احتمالاً هو أن تكبح السلطة التشريعية زمام نفسها بيدها إذا كان احتواء المحاكم بصمتها هو خيارها العملي الوحيد^(١).

The judicially illimitable character of war powers, especially during war itself, is ultimately one of the strongest arguments for strict judicial enforcement of private rights in peacetime. If the judiciary does not remind congress of its constitutional obligations when such reminder is possible, it is less than likely that congress will remember to restrain itself when the courts see no practical alternative to silence.

(١) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, Second edition, P.355.

المبحث السادس مظاهر استتصال سلطة الحرب

٥٧٥- كذلك لا حصر لصور تدخل السلطة التشريعية من خلال سلطة إعلان الحرب -التي تنفذ ضمناً حق التعامل مع الآثار المترتبة علي توقعها- لتنظيم أوضاع القوات المسلحة، كإقرارها قانوناً يحظر الدخول إلى مواقعها -أحياناً إلى دائرة مجاورة لها- لغير المأذون لهم بالنفوذ إليها؛ وإخضاعها العاملين فيها لنظم استثنائية في طبيعتها لتحكم سلوكهم في القواعد الحربية وغيرها من الأماكن التي يحشدون فيها؛ وتقريرها لجرائم خاصة بهم ومحاكمتهم وفق قواعد إجرائية ينفردون بها؛ وإنشاء محاكم من نوع خاص بقصد عقابهم عن الجرائم العسكرية، وفق نظم مخالفة لتلك التي يألّفها للمدنيون؛ ومقاضاتهم أمام هذه المحاكم -أياً كان مكان تواجدهم- هم والمدنيون الذين يرتبطون بالنظم العسكرية بصلة وثقي علي وجه أو آخر، وسواء كان خروجهم علي هذه النظم أثناء خدمتهم الفعلية، أم وقت استدعائهم من الاحتياط لتدريبهم، بشرط أن يكونوا من العاملين في القوات المسلحة وقت ارتكابهم الجريمة^(١).

وحتى في النظم الفيدرالية، فإن للسلطة التشريعية أن تمنع كل ولاية في الاتحاد من فرض ضريبة علي الملكية الشخصية للجنود الذين يكلفون بمهام داخل حدودها الإقليمية، ولو كان موطنهم واقعا فيها وراء حدودها^(٢).

وقد تقيم الدولة طرقاً سريعة لدعم الأعمال الحربية أو تعمل علي تحقيق متطلباتها من خلال تطوير القوة النووية، أو تعيد بناء النظم التعليمية لأغراض الدفاع. وقد تعمل علي حفظ هم المقاتلين من خلال تقرير قواعد إجرائية غايتها تأجيل نظر القضايا التي تقام ضدهم؛ وإرجاء تنفيذ الأحكام الصادرة فيها، وحظر إخلاء عائلاتهم من الأماكن التي تسكنها؛ وتقيد تنفيذ الرهون التي رتبوها على أموالهم، إذا تخلّوا عن الوفاء بديونهم المضمونة بها؛ وإسهالهم إلى ميسرة لإيفاء أقساط ببوع دخلوا فيها^(٣).

(١) Solorio v. United States, 483 U.S.435 (1987).

(٢) Dameron v. Brodhead, 345 U.S.322 (1953).

(٣) ظاهر من هذه التدابير، أن المقصود بها هو عدم تشتيت انتباه أفراد القوات المسلحة لضمان نفعهم لمهامهم القتالية.

يعاب علي المحاكم العسكرية خضوعها لتأثير القادة العسكريين. كذلك فإن مستويات الضمانات القضائية في المحاكم العسكرية مختلفة عنها في المحاكم المدنية.

See O'Callahan v. Parker, 395 U.S. 258,263- 264(1969).

ويندرج في إطار دعم المقاتلين؛ رعايتهم صحياً، وصون بيئتهم من ملوثاتها، بما فسى ذلك وقيّتهم من الأمراض على اختلافها، وحظر تناول الخمر أو عرضها في أماكن مجاورة من القواعد الحربية^(١)؛ والاستيلاء على صناعة بذاتها كلما كان ذلك ضرورياً لضمان فعالية الدفاع عن الوطن. بل إن هذا الاستيلاء يكون لازماً كذلك، إذا أثار العمال شغباً في صناعة معينة بما يعطل إنتاجها، أو كان إضرابهم وامتناعهم عن العمل فيها، قد طال أمده.

ذلك أن دعم المجهود الحربي قد يقتضي من الدولة حمل صناعة بذاتها، على أن يكون إنتاجها متواصلاً، وهو أمر لا يقل أهمية عن إلزامها المواطنين أداء خدماتهم الجبرية في قواتهم المسلحة. إذ يدخل كلاهما في إطار دعم الأعمال الحربية وتوفير وسائل نفوقه^(٢).

The Constitution grants to Congress power to raise and support armies, to provide and maintain a navy, and to make all laws necessary and proper to carry out these powers into execution. Under this authority, Congress can draft men for battle service. Its power to draft business organisations to support the fighting men who risk their lives, can be no less.

وشأن الاستيلاء على صناعة بذاتها، شأن الاستيلاء على غيرها من الأموال للمملوكة ملكية الخاصة.

ذلك أن اختيار الوسائل الأفضل لرد الخطر للعلم سولو كان من بينها أخذ الملكية الفردية من أصحابها- يعتبر إجراء ضرورياً وملائماً علي تقدير أن مواجهة هذا الخطر ضرورة لا مناص منها، كلما كان دفعه أمراً لا يحتمل التأخير.

على أن أخذ هذه الأموال من أصحابها سولين لم يتخذ صورة نزع ملكيتها لمصلحة عامة- مؤداة حرمانهم منها، ويتعين بالتالي أن يكون مقليل تعويض عادل، ولو كان هذا الاستيلاء لمواجهة خطر عاجل، أو ولقاء زمن الأعمال الحربية وبسببها.

فإذا لم يكن التعويض شاملاً ما حاق بأصحابها من ضرر، وما فاتهم من غم من جواء حرمانهم نهائياً من ملكهم؛ أو عن مدة هذا الحرمان إذا أخذ ملكهم بصفة مؤقتة؛ كان هذا

(١) McKinley v. United States, 249 U.S. 397 (1919).

(٢) يندرج تحت دعم المجهود الحرب، إنشاء الخزانات وتشييد الطرق السريعة ومطبات التوي الكهربائية كلما كان ذلك لازماً لإمداد القوات المسلحة بالحاجات.

Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U.S. 288 (1936).

للتعويض غير عادل. إذ يتعين في كل حال أن يكون التعويض بقدر كامل لتقيمة التي جردتها
المشرع من ملكهم، محدد مقدارها وقت هذا التجريد^(١).

The full value of the property contemporaneously with the taking.

ويقوم الحق في التعويض كذلك، إذ دمر موطن أموالا يملكها توقيتا لوقوعها فسي يد
العدو.

وللمسلطة التشريعية - وفي مجال استعمالها لسلطة الحرب - أن تخلق أية صناعة لا تهدد
في دعم المجهود الحربي، إذا كان تحويل طاقاتها والعاملين فيها لدعم الأعمال الحربية أكثر
نفعاً. إذ يدخل ذلك في إطار التنظيم الدقيق لكافة الموارد، بما يكفل تسخيرها لتقدياً لتحقيق
المهام القتالية على أفضل وجه. وهي مهام غايتها ضمان حرية الوطن من خلال رجال
يضعون سبماً لا حصر فيه - بل ولحهم.

وما لم تدخل الدولتان المتحاربتان في معاهدة دولية بعدلان بها من الأحكام القائمة فسي
القانون الدولي العام في شأن غنائم الحرب، فإن هذه الغنائم تكون حقاً خالصاً للدولة المستولية
عليها^(٢). بل إن لكل دولة حق إبعاد رعايا الدول التي تعادها عن إقليمها، أو تحديد إقامتهم
فيه، أو القبض عليهم دون قيود إجرائية. بل ومحاكمتهم بصورة مفترضة
Summary Justice.

ذلك أن كون الشخص أجنبياً، لا يعتبر سبباً للتدابير المتخذة قبله، وإنما كان النزاع
للمسلح سببها، ويولد طرفاً فيه. ويجوز بالتالي إبعاد غير المواطنين حتى بعد انتهاء الأعمال
الحربية^(٣). بل وتقدمهم إلى المحكمة العسكرية إذا تم ضبطهم داخل الدولة، أو في مواقع
القتل، أو في أماكن قريبة منها، أو اتصل بها، خاصة إذا كانوا من المقاتلين المتخفين في غير
أزيائهم، للعمل في الخطوط الخفية^(٤).

٥٧٦- ويظل القانون العسكري هو القاعدة التي تحكم كافة الأعمال التي تقع في منطقة
العمليات الحربية. ويفترض ذلك أن تكون المحاكم المدنية عاجزة عن مباشرة ولايتها. فإذا
كانت أبوابها مفتوحة لمن يطرقونها، وكانت تباشر ولايتها فعلاً في المنطقة التي تدعي السلطة

(١) United States v. Bethlehem Steel Corp. 315 U.S. 289 (1941).

(٢) The Hampton, 5 Wall (72 U.S.) 372, 376 (1867).

(٣) Ex Parte. Ouirin, 317 U.S. 1 (1942).

(٤) Ludecke v. Watkins, 335 U.S. 160 (1948).

العسكرية أنها مسرح للأعمال الحربية؛ ووقوع العمليات الحربية فيها، فإن قرار هذه السلطة في ذلك، لا يقيد جهة الرقابة علي الدستورية^(١).

كذلك فإن تفويض محافظ في إقليم أو حاكم في ولاية، بإعلان الأحكام العسكرية في بعض المناطق، لا يخوله إنشاء محاكم عسكرية تعمل إلى جوار المحاكم المدنية القائمة بمهامها دون عائق.

فإذا أحال المحافظ أو الحاكم، المدنيين عن جرائمهم المدنية إلى هذه المحاكم، كان قراره في ذلك باطلا^(٢).

(١) Ex Parte Milligan, 4 Wall (71 U.S.) 2 (1866).

(٢) Duncan V. Kahanamoku, 327 U.S.304 (1946).

المبحث السابع

حقوق الأقاليم المحتلة والأقاليم المضمومة

٥٧٧- والسلطة التشريعية -ويحكم اختصاصها بإقرار القواعد القانونية للتسي تحكم الأقاليم التي احتلها الجيش أو الأسطول- أن تفوض رئيس الجمهورية في ذلك.

ولئن دل هذا التفويض على عزمها تخويل رئيس الجمهورية سلطة تنظيم الأوضاع المختلفة لهذه الأقاليم بما يلائمها، ويقتدر كبير من المرونة التي تقتضيها احتياجاتها؛ إلا أن هذا التفويض لا يعتبر تخلياً من جهتها عن اختصاصها الأصلي في إقرار كافة القوانين التي تقتضيها سلطات الحرب الاستثنائية. وتظل الأقاليم المحتلة مختلفة في المعاملة القانونية التي تحكمها، عن الأقاليم التي تقرر دمجها في الوطن الأم Incorporated Territories.

فبينا يفترض لإحقاق إقليم بآخر وفق قواعد القانون الدولي العام، ضمها إلى بعض ودمجها في كيان واحد لا تميز بين أجزائه؛ ليعامل الإقليم المضمم وفق القواعد ذاتها التي تطبقها الدولة للضامة على مواطنيها، فلا يحرمون حقاً أو حرية كفلها الدستور لكل مواطن؛ فإن الأقاليم المحتلة تظل لها ذاتيتها، فلا تحلها سلطة الاحتلال إلى أراض تضمها إليها بغير موافقة أهلها الذين يملكون وحدهم حق تقرير مصيرها.

ولئن صح القول بأن لكل دولة أن تحكم الأقاليم التي فتحها، وأن تقوم فيها السلطة التي تعهد إليها بإدارة شئونها؛ إلا أن لإحقاق الأقاليم التي غزتها، بإقليمها هي، مواءمة اختصاصها لها، وإحقاق شعوبها بمواطنيها بمنطقة القوة والغلبة، الذي يتلئ على قواعد القانون الدولي العام في مفهومها المعاصر.

ومجرد فرض الدولة الغازية لسلطاتها على الأقاليم التي فخرتها، لا يحل سلطاتها هذه إلى حقوق دائمة. وإنما تظل لهذه الحقوق طبيعتها العرضية، إلى أن تستعيد السلطة الوطنية في الأقاليم المحتلة، صلاحيتها، سواء من خلال معاهدة دولية، أو بغير ذلك من الوسائل القانونية التي تملكها وفقاً لقانون الأمم.

ولئن قال البعض بأن الدولة التي احتلت الأقاليم التي غزتها، مقيدة بأن تحكمها وفق قواعد الدستور ذاتها التي تطبقها على مواطنيها، وأن هذه القواعد لا يجوز وقفها أو تعطيلها

في هذه الأقاليم لمدة قصيرة أو طويلة، إلا أن وجهة النظر الأقوى هي أن سكان تلك الأقاليم لا يتمتعون بأية ضمانات دستورية غير تلك التي تتصل بحقوقهم أو حرياتهم الطبيعية أو الجهورية^(١).

وليس للسلطة التشريعية بالتالي أن تطبق في الأقاليم المحتلة قوانين جنائية بأثر رجعي، ولا أن تفرض على سكانها عقوبة مهينة، ولا أن تلزمهم باعتناق عقيدة بعينها، ولا أن تعطلهم عن مباشرة شعائر عقيدة دخلوا فيها؛ أو تحملهم على القبول بأراء يعارضونها. وليس لها أن تمنعهم من حق العمل لصلته الوثقى بالحق في الحياة؛ ولا أن تفرض عليهم أشكالاً من السخرة يلبونها؛ ولا أن تقدمهم إلى غير قضائهم الطبيعيين؛ ولا أن تعامل جرائمهم في نموذجها المندى بوصفها جرائم عسكرية ضد سلطة الاحتلال، ولا أن تردهم عن الانتقم بظلماتهم إلى هذه السلطة كي تحققها وتفصل فيها؛ ولا أن تمنعهم من اقتضاء حقوقهم جبراً بالوسائل القانونية، عند إنكارها.

وينبغي التسليم دوماً بأن لسان المناطق المحتلة حقوقاً أساسية لا يجوز التفریط فيها، أهمها أن احتلال أرضهم لا يجوز منعهم من الوسائل الضرورية التي تكفل أمنهم، أو التي توفر لاحتياجاتهم المعيشية - على الأكل في هذا الأدنى - أسبابها؛ ولا أن تقلص فرصهم في الإبداع والابتكار وغيرها من الفرص التي يتصل استثمارها بأنميتهم، ولا أن تنال بوجه خاص من الحق في الحياة وفي العمل، ولا أن تخل بكرامتهم أو تستبد بشئونهم في غير ضرورة.

(١) Downes v. Bidwell, 182 U.S. 244 (1901).

المبحث الثامن بين إعلان الحرب وإنهائها

٥٧٨- وكما أن إعلان الحرب يعتبر من الأعمال السياسية التي لا يجوز إخضاعها لرقابة الجهة القضائية التي ألقاها الدستور على صون أحكامه؛ فإن إنهاءها يعتبر كذلك عملاً سياسياً، سواء كان هذا الإنهاء من خلال معاهدة سلم بين الدولتين اللتين كانتا متخاصمتين؛ أم بقانون يصدر عن السلطة التشريعية بمجلسيها؛ أم بقرار يوافق هذان المجلسان أو أحدهما عليه؛ أم بقرار يصدر عن رئيس الجمهورية إذا كان مختصاً بإعلان الحرب. وليس لأحد بالتالي أن يقيم خصومة قضائية يدعى فيها أن الحرب المقول بإنهائها، لا تزال متقدة تبرئها؛ أو أنها لم تعد قائمة في حقيقتها بما ينقض إعلاناً رسمياً باستمرارها.

٥٧٩- ويشير نص المادة ١٥٠ من دستور جمهورية مصر العربية إشكالاً غامضاً في الأهمية. ذلك أن رئيس الجمهورية يختص بإعلان الحرب بموافقة السلطة التشريعية ... فهل يعتبر إنهاؤها كذلك مطلقاً على قبولها هذا الإجراء!!

ما أراه، هو ضرورة التمييز بين إعلانها وإنهائها. ذلك أن ما نص عليه الدستور من عدم جواز إعلان رئيس الجمهورية حرباً على دولة أخرى بغير موافقة السلطة التشريعية، مرده أن إعلانها يصل في ثلثها مخاطر وخيمة عواقبها على حياة المواطنين وأموالهم وحرياتهم. كذلك فإن إعلانه هذه الحرب، مؤداه أن تخوضها بلده بكل مواردها وقدراتها بما يمتصها، ويحطل لسنين عديدة التنمية بكل أشكالها، وعبر مراحلها المختلفة، فلا تبقى غير آلة الحرب تكور عجلتها دون انقطاع، وتغذيها مصر بدماء أبنائها وعرقهم. وقد تؤول في نتائجها إلى احتلال إقليمها أو جزء من هذا الإقليم، أو تقويض اقتصادها لمدة طويلة.

وكان منطقياً بالتالي أن يعلق للدستور إعلان رئيس الجمهورية حرباً ضد دولة أخرى، على موافقة السلطة التشريعية التي يمثل أعضاؤها هيئة الناخبين، ويملكون لإرادتها تفسيراً عنها.

ويفترض بالتالي ألا يوافق هؤلاء الأعضاء على ذلك الإعلان، إلا بعد تقييمهم لطبيعة الحرب التي يرد إعلانها، ونطاق الضرورة الملجئة التي تقتضيها؛ وملاءمة هذا الإعلان في توقيتته.

ولا كذلك قرار إنهائها أو إنهاء حالتها، إذ يعود هذا القرار بالأوضاع القائمة إلى حالتها الطبيعية، فلا يبقى من شروء الأعمال الحربية غير تضميد كافة جراحها بالوسائل القانونية السلمية.

ولا تقوم ثمة ضرورة بالتالى لتطبيق لنتهاء الأعمال الحربية على موافقة السلطة التشريعية. والسوابق على ذلك كثيرة، من بينها أن الدستور الأمريكى وإن خول رئيس الجمهورية سلطة للدخول فى أية معاهدة دولية يقدر ملائمة توقيعها أو الانضمام إليها، بمشورة وموافقة مجلس الشيوخ؛ إلا أن الخروج منها لا يقتيد عملاً بهذا القيد؛ إذ يجوز لرئيس الجمهورية إنهائها بغير الرجوع إلى هذا المجلس. وكثيراً ما أقر الكونجرس هذا الإجراء، ولو بطريقة ضمنية.

٥٨٠- ولأن لكل حرب أوزارها، فإن نهائيتها تميته إذ هى خاتمتها. ومن ثم يجوز إنهاؤها إما بمعاهدة دولية أو بقانون، أو بإعلان يصدر عن رئيس الجمهورية.

فالمعاهدة الدولية التى تبرمها الدول أطرافها لتحقيق السلم فيما بينها بعد تطاحنها بالقتال، تعتبر إعلاناً بانتهاء الأعمال العدائية بكل صورها وأشكالها، فلا تكون العودة إليها غير إخلال بالمعاهدة التى حظرتها.

ويقترض أن تصدق هذه الدول على تلك المعاهدة، حتى يسوغ للقول بانتهاء الأعمال العدائية موضوعها. إذ يتعين التمييز بين انتهاء هذه الأعمال والقياً؛ وبين زوالها قانوناً.

فانتهاء تلك الأعمال بصورة فعلية، لا يقيد زوالها قانوناً. وقد تظل حالتها قائمة فيما بين الدول أطرافها، ولو بعد كفها عن القتال، ما دلم لم يصدر عنها إعلان بعودة الأوضاع الطبيعية إلى حالتها.

ولا كذلك التدخل بأداة قانونية تحل بذاتها انتهاء القتال، سواء تم هذا الإجراء فى شكل معاهدة دولية، أم فى صورة قانون، أو قرار من رئيس للجمهورية باعتباره القائد الأعلى لأفرع الجيش المختلفة.

ويظل مطلوباً فى كل معاهدة دولية قصد بها إنهاء القتال، ألا يترأخى إبرامها والتصديق عليها، إلى ما بعد انتهاء الأعمال العدائية -عملاً- بفترة طويلة؛ وإن جاز القول بأن هذا الإرجاء كثيراً ما يكون فى مصلحة الدول المنتصرة فى الحرب، حتى تفرض كلمتها على

الدول المهزومة، فلا تبلور المعاهدة التي تدخل فيها معها، غير أصدقاء هزيمتها، لتبخصها نصوص هذه المعاهدة، كافة حقوقها.

وأيا كانت أداة لإنهاء حربها مع هذه الدول، فإن هذا الإنهاء يعتبر من الأعمال السياسية التي تخرج بطبيعتها عن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية.

ولرئيس الجمهورية في إطار سلطته في إدارة الشؤون الخارجية، أن يهاندل الدول التي دخل في صراع معها من خلال اتفاق على أحكام هذه الهدنة التي يصير للقتال على ضوءها، موقوفاً.

وهي هدنة قد يستصوبها تحفزاً للقتال من جديد، أو بوصفها بداية منطقية لتصالح الدول المتناحرة مع بعضها، وإن كان الاحتمال الثاني، هو الأرجح.

المبحث التاسع أموال الأعداء وغنائم الحرب

٥٨١- وفيما يتعلق بأموال الأعداء، ينبغي أن يلاحظ أن مجرد إعلان الحرب، ليس موداً بالضرورة مصادرة هذه الأموال، وإن جاز لكل من الدولتين المتحاربتين الأمر بهذه المصادرة كإجراء ردع يتوخى حرمان الدولة المعادية من أية موارد تعينها علي المضى في الأعمال الحربية.

ولا تعتبر المصادرة بالتالي جزاء علي جريمة اقترافها شخص ينتمي إلى العدو بجنسيته^(١).

وكما تجوز مصادرة هذه الأموال؛ يجوز كذلك احتجازها وفرض الحراسة عليها إذا قام الدليل علي أن الذين تعلق بهم هذا الإجراء يملكونها فعلاً، لا تنقيد الدولة في ذلك لا بشرط الوسائل القانونية للسلطة، ولا بأداء تعويض عنها.

فإذا كان أحد المواطنين مالكا لهذه الأموال، كان من حقه طلبها حال بقائها، أو التعويض عنها حال هلاكها.

ولا يلتزم المواطن الذي أصير من جراء هذه التدابير الخاطئة، بما عسى أن تكون الدولة قد أنفقتة علي تلك الأموال من أجل صيلانها. إذ عليها وحدها أن تتحمل خطأ نسبتها أموالاً يملكها أحد مواطنيها، إلى أعدائها.

ولا كذلك غنائم الحرب Prises of War، التي تستولي الدولة عليها أثناء عملياتها الحربية؛ إذ لا يتصور أن يكون لسواها حق فيها بغير ترخيص من السلطة التشريعية^(٢).

وهو ما يتحقق في الحروب الأهلية بوجه خاص التي تستولي فيها الدولة علي سفن المتمردين وغير ذلك من أموالهم، باستثناء المواطنين المخصصين لها في للحرب الأهلية الدائرة رحاها بين الفريقين المتنازعين.

(١) Honda v. Clark, 386 U.S. 484 (1967).

(٢) The Siren, 13 Wall. (80 U.S.) 389 (1871).

المبحث العاشر

تفويض رئيس الجمهورية في بعض مظاهر سلطة الحرب

٥٨٢- الأصل أن تعمل كل سلطة -سواء في زمن الحرب أو السلم- في حدود الولاية الموكولة لها^(١).

ويفترض أصلاً في التفويض، أن يكون متضمناً بيان الخطوط والمعايير العريضة التي يقوم عليها. إذ هو ترخيص لرئيس الجمهورية بمباشرة الأعمال التي يشملها التفويض. ومن ثم كان التفويض سابقاً على إتيانها.

بل إن السلطة التشريعية قد تجيز أفعالاً من طبيعة حربية بإشراف رئيس الجمهورية قبل صدور قانون التفويض، إذا كان لها دوافعها من الضرورة الملحة لها. إذ تعتبر إجازتها بمثابة تصديق عليها.

ولا يجوز في التفويض، أن يكون مخالفاً لقواعد الدستور التي تظل للمواطنين جميعهم بكل فئاتهم، وفي كافة أوقاتهم، وعلى تباين ظروفهم. ويبطل بالتالي تفويض رئيس الجمهورية في إهدار قوة الأحكام القضائية سواء برفض النزول عليها أو بتطبيق نفاذها على تصديقه، ولو صدر الحكم من محكمة شكلها المشرع من الضباط، واختصها بقواعد إجرائية تتعلق بها.

وتميل السلطة التشريعية إلى تفويض رئيس الجمهورية في زمن الحرب في كثير من المهام التي تتصل بإعداد الجيوش والأسطول وتجهيزها للقتال^(٢).

ذلك أن الاستخدام الأمثل لسلطات الحرب يقتضي مباشرتها بأكثر قدر ممكن المرونة لاختيار أفضل الوسائل وأكثرها حسماً لتحقيق الفوز في القتال. وجاز بالتالي تفويض رئيس الجمهورية ليس فقط في مواجهة الأعمال العدائية المتخذة ضد بلاده، والرد عليها بكل الوسائل؛ بل كذلك في العمل على تجنبها وتوقيها قدر الإمكان. ومن ذلك تفويض رئيس الجمهورية في فرض قيود قاسية على للتجارة مع الدول التي تسخر إمكاناتها أو توظفها في اتجاه تضخيم ألتها الحربية، أو تجهير بنويناها العدائية، أو التي تدل للنذر على سحبها للقتال. أو تهيتها أو افتعالها لأصباب الصدام.

(١) Lichter v. United States, 334 U.S. 742, 779 (1948).

(٢) N.Grundsten, Presidential of Authority in Wartime (Pittsburgh 1961).

كذلك فإن من بين التدابير التي يجوز اتخاذها ضد مثل هذه الدول، مقاطعتها وتحجيمها، بما يزيلها عن أسرة الدول، ويعطل أو يقيد صور التعامل معها، أو الاتصال بها.

ولا تضيق جهة الرقابة على الدستورية من السلطة التي تخولها الهيئة النيابية لرئيس الجمهورية لتحقيق هذه الأغراض. ولكنها تأذن بها، وباتساع دلائلها لتطققها بمصالح حيوية لا يجوز إغفالها.

وقد يأمر رئيس الجمهورية بشن أعمال حربية فيما وراء حدود بلده، قبل أن تتخذ السلطة التشريعية قراراً بإعلانها حرباً على بلد آخر. ذلك أن الدستور حتى وإن حظر على رئيس الجمهورية إعلانها أو إحداثها بقرار منفرد يصدره، إلا أنه من الناحية العملية كثيراً ما تبدأ الأعمال الحربية قبل أن تأذن السلطة التشريعية بها من خلال إعلان يصدر عنها بذلك.

ويقال دائماً بأن سلطة رئيس الجمهورية في إدارة الشؤون الخارجية وتصريفها، وكذلك في إجهاض الأعمال العدائية جميعها وتوقيها قبل اندلاع شرارتها، وقتلها في مسدها، تغد بالضرورة أن يعمل على حماية أرواح مواطنيه وممتلكاتهم التي تتعرض للخطر في الدول الأجنبية من جراء أعمال مخالفة للقانون تهدرها، ويتعذر توقعها أو التحوط لها.

ذلك أن حمايتهم من المخاطر جميعها، ولجنة سواء كانوا داخل بلدهم أو خارجها.

إذا تهددتهم هذه المخاطر في الدول الأجنبية التي يوجدون فيها، كان دفعها أو إجهاضها قبل وقوعها، لازماً، ولو باستعمال القوة التي لا يجوز التراخي في اللجوء إليها، والتي لا خيار للسلطة التنفيذية في تجنبها، لضمان أن توفر الحماية الكاملة لمواطنيها - وأيا كان موقعهم - بما يؤمن أرواحهم وحرياتهم وأموالهم من صور العدوان عليها على اختلافها.

٥٨٣ - ولأن القوة لا تحطمها إلا قوة تولجها وتقابلها، فقد ساء استخدام كل عناصر القوة الحربية التي في يده لتهمر عدوان دولة أجنبية على حدود بلده، ولا يعتبر ذلك مجرد حق لرئيس الجمهورية، بل واجباً يتحمل مسؤولية القيام به على الوجه الأكمل، غير ملزم في ذلك بإعلان السلطة التشريعية حرباً على الدولة الغازية، ما لم تملعه بنفسها من اللجوء إلى القوة، إذ يعتبر قرارها هذا، إنكاراً منها لحالة الحرب التي يدعيها، ونقضا من جانبها لتقديره تحقق أسبابها واستعادة لاختصاصها في أن تقرر بنفسها وقوع حرب في زمن دون آخر، أو عدم وقوعها على الإطلاق.

٥٨٤- وقد يباشر رئيس الجمهورية من خلال معاهدة دولية سلطة جديدة لم يكن مخولاً بها قبل الدخول فيها. وهو ما يتحقق على الأخص في أية معاهدة دولية توثق بين أطرافها تحالفا حربيا.

تلك أن موافقة السلطة التشريعية على هذه المعاهدة، يفيد ضمناً تخويلها رئيس الجمهورية حق استخدام القوة لتنفيذ أحكامها.

٥٨٥- وكلما كان شن الحرب حقاً مقصوداً على السلطة التشريعية بنص في الدستور، فإن قرار إعلانها يكون من امتيازاتها التي لا يجوز أن تقوض غيرها فيها بالنظر إلى خطورة الحرب في نتائجها وعظم مسئولية إثارتها، وبما لا إخلال فيه بحق رئيس الجمهورية في مبادرة كل غزو بالتدابير التي يراها كافية لحرره؛ وأن يلاحق كل عصيان داخل بلده بما يعيد أوضاعها الطبيعية إلى حالتها. ذلك أن رئيس الجمهورية يتدخل في هاتين الحالتين لإنهاء خطر كل داهما وحالا.

المبحث الحادي عشر

إعلان الحكم العرفي

٥٨٦- ولرئيس الجمهورية أو من يفوضه، والسلطة التشريعية كذلك، إعلان الحكم العرفي^(١) Martial Law في المناطق التي دهمتها الأعمال الحربية، أو في مناطق التوتر والعصيان داخل بلده.

ويندرج في إطار سلطة الحكم العرفي، أن تتوافر للقائمين عليها حرية انتقاء الوسائل التي تكفل مقابلة القوة بالقوة، وإعادة النظام بعد انفرط عقده. على أن يكون مفهوماً أن لحرية انتقاء الوسائل ضوابطها ومبرراتها وكوابحها.

وشروط ذلك أن تقوم في بنائها على تقدير موضوعي، وأن تصدر في إطار من حسن النية، وأن يكون غرضها مواجهة مخاطر تؤدي مباشرة إلى الفوضى، أو توقي تداعياتها حتى لا تتفاقم أخطالها. فلا يكفي في المخاطر إمكان توقعها. بل يتعين أن تشخص بنفسها بما يؤكد طولها، كأن يكون الغزو حقيقياً بما يعطل المحاكم المدنية عن عملها؛ ويقوض الإدارة المدنية ويمنعها من أداء واجباتها؛ ويعجز للقوانين المعمول بها عن ضمان الحقوق الفردية، أو تأمين سلامة المواطنين في مجموعهم بصورة ملائمة أو كافية.

وهذه القيود على مباشرة سلطة الحكم العرفي، هي التي تبين تخومها، وتراقبها الجهة القضائية للتحقق من عدم تخطيها. ولا يجوز بالتالي أن يكون تدخل القائمين على هذه السلطة في شئون الأفراد وحررياتهم الرئيسية، تحكمياً، وإلا كان مخالفاً للدستور.

(١) يختلف قانون الحكم العرفي عن قانون الأحكام العسكرية، في أن الثاني لا يطبق إلا على الأشخاص المنتمين إلى القوات المسلحة، وذلك على خلاف الأول الذي يسرى على المدنيين والعسكريين في آن واحد.

المبحث الثاني عشرالاعتراض على احتجاز البدن

٥٨٧- وكلما كان للمواطنين امتياز التظلم من احتجاز أبنائهم بغير حق The Writ of Habeas Corpus كان للسلطة التشريعية وحدها -في الدول التي تكفل دستورها هذا الامتياز كالنمور الأمريكي- حق وقفه. وليس لرئيس الجمهورية اختصاص في ذلك، إلا بناء على تفويض منها. ذلك أن الأصل هو أن تفصل السلطة القضائية بمحكمها في توافر شروط هذا الامتياز أو تخلفها. ومن ثم كان الأصل فيه أن يظل ساريا، ما لم توقفه السلطة التشريعية بنفسها. وهو ما تنص عليه المادة الأولى من الدستور الأمريكي.

المبحث الثالث عشر

الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من جرائم الحرب

٥٨٨- وبمجرد التصديق على معاهدة للمسلم بين المتحاربين السابقين، أو دخول هذه المعاهدة مرحلة التنفيذ بوجه آخر؛ فإن الأصل في هذه المعاهدة، أن تعيد بقوة القانون -بصفة تلقائية- إلى هذه الدول، الحقوق والواجبات التي تربط أعضاء الأسرة للدولية ببعض في علاقاتهم السلمية. بما موداه أن كل الأعمال التي كان ينظر إليها وقت الحرب كأعمال مشروعة -كالهجوم على سفن الدول للمعادية، وحصار موانئها، وتدمير جيوشها وحصونها، وغزو إقليمها- تعتبر محظورة بعد نفاذ تلك المعاهدة.

فإذا لم تكن قوات إحدى الدول أطرافها، على علم بالمعاهدة، فإن مضيقها في الأعمال الحربية يقتضيها التعويض عنها. وعليها أن تعود إلى النقاط ذاتها التي كانت فيها وقت إبرام المعاهدة، فتخلي الأقاليم التي غزتها، وتحرر الجنود والضباط الذين أسرتهم، وترد السفن التي حازتها.

٥٨٩- ويلاحظ أن معاهدة السلم حتى مع النص فيها على إسقاط جرائم الحرب عن مرتكبيها؛ إلا أن إدانتهم بسببها يظل حقاً للدولة المضروعة منها بوجه خاص، وللجماعة الدولية بوجه عام.

ذلك أن هذه الجرائم -ولو كان الأمر بارتكابها قائداً من رتبة أعلى- تنال قض فواعد للقانون الدولي العام.

وهو ما يؤكد القواعد المنظمة للمحكمة الجنائية الدولية التي لا تعتبر ولايتها بالفصل في الجرائم التي تدخل في اختصاصها، ولاية منفردة، ولكنها تقوم إلى جوار النظم الجنائية الوطنية وتكملها^(١) Complementary to National Jurisdictions، وتباشر المحكمة الجنائية ولايتها في الحدود المقررة بنظمها، وعلى صعيد جرائم بعضها هي جريمة العدوان The Crime of Agression وجريمة إبادة عنصر من البشر The crime of Genocide، وجرائم الحرب War Crimes والجرائم ضد الإنسانية Crimes Against Humanity.

(١) تبين المادة ١٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، كيفية مباشرة النظم الجنائية الوطنية لاختصاصها في مجال معاقبة المتهمين بالجرائم التي تشملها ولاية المحكمة الجنائية الدولية.

ومن ثم لا يتأثر المحكمة الجنائية ولايتها في غير هذه الجرائم التي حددتها حصراً المادة ٥ من نظامها، وفصلتها المواد ٦، ٧، ٨ وذلك على النحو الآتي:

أولاً:

جريمة إبادة عنصر من البشر

٥٩٠- في تطبيق حكم المادة ٦ من نظام المحكمة الجنائية الدولية؛ يقصد بهذه الجريمة، قتل أعضاء جماعة؛ أو إصابتهم بأضرار عقلية أو بدنية خطيرة؛ أو إحاطتهم بأوضاع حياتية تم ترتيبها بقصد تدمير الجماعة التي ينتمون إليها، كلياً أو جزئياً؛ أو فرض قيود على أعضائها تتوخى حرمانهم من أن يتخذوا لأنفسهم أولاداً؛ أو نقل أطفالها بالقوة إلى جماعة غيرها، بشرط أن تكون هذه الأفعال جميعها موجهة لتدمير الجماعة -كلياً أو جزئياً- بالنظر إلى نوازعها الوطنية أو توجهاتها الخلقية أو لاعتبار يتعلق بعرقها، أو بعقبتها.

ثانياً:

الجرائم ضد الإنسانية

٥٩١- وفي تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، يقصد بالجرائم ضد الإنسانية أحد الأفعال الآتي بيانها، إذا كان ارتكابها جزءاً من خطة شديدة الانتعاش، أو تبلور سلوكاً منهجياً للعنوان المباشر A Widespread or Systematic Direct Attack على جماعة مدنية، مع العلم بأبعاد هذا العنوان. وهذه الأفعال هي:

١. القتل؛ والتصفية Termination؛ والاسترقاق Enslavement؛ وإبعاد سكان أو نقلهم بالقوة؛ وتقييد حريتهم سواء بالسجون، أو بغير ذلك من الوسائل القاسية التي تضرب بأبدانهم بالمخالفة للقواعد الجوهرية للقانون الدولي؛ وكذلك اغتصابهم؛ وحملهم على الدعاية؛ واستعبادهم جنسياً Sexual Slavery؛ وإخضاعهم بالقوة Forced Pregnancy؛ وتقييدهم جبراً Enforced Sterilization؛ وغير ذلك من الأعمال الجنسية العنيفة التي لها ذات الجسامة .Of Comparable Gravity.

٢. كل اضطهاد يكون موجهاً ضد كيان أو جماعة لها ذاتيتها، بناءً على نوازع عرقية، أو سياسية، أو وطنية، أو خلقية، أو ثقافية، أو دينية، أو لاعتبار يتعلق بالجنس^(١)؛ أو بناءً

(١) يقصد بالجنس في تطبيق الفقرة ٣ من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، الفكر والأثر داخل الجماعة.

على مركز آخر يعتبر غير جائز في مفهوم قواعد القانون الدولي فسي صلتها بالأفعال المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٧ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، أو بأية جريمة أخرى تدخل في ولايتها.

٣. إخفاء الأشخاص جبراً^(١)، وجريمة التمييز بين الأجناس عنصرياً^(٢) The crime of apartheid.

٤. غير ذلك من الأفعال ذات الطبيعة المشابهة التي تلحق بالمضروبين منها، فندرا كبيرا من المعاناة، أو تصيبهم بمخاطر جسيمة في أبدانهم أو صحتهم.

ثالثاً:

جرائم الحرب

٥٩٢- وعلا بنص المادة ٨ من نظام المحكمة الجنائية الدولية، تختص هذه المحكمة بالفصل في جرائم الحرب، وعلى الأخص إذا تم ارتكابها كجزء من خطة، أو سياسة، أو من دائرة واسعة تؤذي فيها هذه الجرائم.

ولأغراض هذا النظام، يقصد بجرائم الحرب:

١. أية أفعال يكون محلها الأشخاص والأموال الذين تحميهم إحدى اتفاقيات جنيف ذات الصلة، ويكون من شأنها الإخلال الخطير بأحكامها، ويندرج تحتها:

٢. قتل الأشخاص عمداً، أو تعذيبهم، أو معاملتهم بطريقة تنافي كرامتهم، بما في ذلك إخضاعهم لتجربة بيولوجية.

(١) يقصد بإخفاء الأشخاص جبراً، التقيض عليهم، واحتجازهم، أو اختطافهم من قبل أو بموافقة أو بدعم الدولة أو التنظيم السياسي لهذه الأعمال أو رضاه بها، على أن يقتصر ذلك برفض الدولة أو التنظيم الاعتراف بحرماتهم من حريتهم، أو إعطاء أية معلومات عن أماكن اعتقالهم بقصد تجريدهم من حماية القانون لفترة بطول زمنها أو يقصر.

(٢) قصد بهذه الجريمة الأعمال غير الإنسانية التي ترتكب في إطار نظام مؤسس على التمتع المنهجي، وسيطرة جنس على جنس آخر، بقصد دعم هذا النظام وضمان استمراره.

٣. تعدد إصابتهم بأضرار بدنية أو صحية خطيرة؛ أو تعميق معاناتهم؛ وغير ذلك من الجرائم الخطيرة المخالفة - في إطار قواعد للقانون الدولي - للقوانين والقواعد العرفية التي يتم تطبيقها في إطار الصراع المسلح، والتي يندرج تحتها:

٤. تعدد توجيه الهجوم ضد السكان المدنيين بوصفهم كذلك؛ أو ضد أفراد مدنيين ليس لهم دور مباشر في القتال؛ أو ضد أشياء مدنية^(١)؛ أو ضد أشخاص أو مبانى أو أدوات أو وسائل نقل أو وحدات لهم، أو لها صلة بأعمال المعونة الإنسانية، أو بتكثيف يعمل لحفظ السلام وفق ميثاق الأمم المتحدة؛ بشرط تمتعها بالحماية التي تكفلها هذه القواعد للمدنيين أو للأشخاص المدنية. وفقاً لقواعد القانون الدولي التي تنظم علائق قانونية في أنزعة مسلحة بين أطرافها.

٥. تعدد شن هجوم مع العلم بالأضرار التي يربتها، سواء في ذلك ما اتخذ من صورها شكل إزهاق أرواح المدنيين، أو إصابتهم بجروح، أو الإضرار بأشخاص مدنية؛ أو صورة مضار جسيمة واسعة الانتشار تنال من البيئة الطبيعية، ولا تفرها المزايا المتوقعة من الأعمال الحربية في منظورها الإجمالي، بما يفقد هذه المزايا تناسبها مع تلك الأضرار.

٦. للهجوم وإلقاء القنابل - بكل الوسائل - على مدينة أو قرية، أو على مبان أو مساكن ليس لها ثمة حماية، ولا تعتبر كذلك هدفاً حريياً.

٧. قتل أو جرح المحاربين الذين سلموا أنفسهم اختياراً، بعد أن تخلوا عن أسلحتهم، ولم تعد لديهم وسائل للدفاع عن أنفسهم.

٨. إساءة استخدام علم الهدنة؛ أو علم آخر؛ أو رموز القوات المسلحة للدو أو شاراتها أو أزيائها؛ أو علم الأمم المتحدة، إذا نجم عن سوء هذا الاستخدام وفاة أو جراح شخصية خطيرة^(٢).

٩. أن تقوم سلطات الاحتلال - بطريق مباشر أو غير مباشر - بنقل جزء من شعبها إلى الإقليم المحتل من قبلها، أو طردها سكان هذا الإقليم، أو نقلهم من كل أجزائه أو بعضها، سواء إلى داخل الإقليم المحتل أو فيما وراء حدوده.

(١) المقصود بالأشياء المدنية، الأشياء التي ليس لها طبيعة حربية.

(٢) يدخل كذلك ضمن العلامات التي لا يجوز إساءة استخدامها، العلامات المميزة لاتفاقيات جنيف

١٠. توجيه هجوم متعدد ضد المبنى المرصودة على أغراض خيرية، أو دينية، أو علمية، أو تعليمية أو على الفن، أو ضد تماثيل تاريخية، أو ضد دور أو أماكن يودع للمرضى والجرحى فيها، بشرط ألا تكون أهدافاً حربية.

١١. تعد إخضاع الأشخاص الذين يسيطر عليهم خصم معاد، لتجربة علمية أو طبية، أيا كان نوعها، أو لعمل يتعلق ببنز أظرفهم، إذا كان هذا الإجراء غير مبرر بضرورة يقتضيها علاجهم طبيًا، وكان كذلك في غير مصلحتهم؛ ومن أثره وفاة شخص أو أشخاص أو تعريض صحتهم لمخاطر جسيمة.

١٢. قتل أو جرح أشخاص بطريق الخداع Treachously إذا كانوا ينتمون لأمة معادية أو لجيشها.

١٣. إعلان أن غرأ أن يمنح رحمة بأحد Declaring That no Quarter be Given.

١٤. تمييز أموال تملكها قوة معادية، أو الاستيلاء عليها، ما لم يكن لذلك ضرورة تقتضيها الأعمال الحربية وتتطلبها.

١٥. حرمان المواطنين الذين ينتمون إلى خصم معاد، من الحقوق التي يملكونها وفقاً للقانون، سواء بالإغاثا أو بوقفها أو بتقيرير عدم جواز قبولها. وكذلك حملهم على الإسهام في الأعمال الحربية الموجهة إلى بلدهم، ولو كانوا من المحاربين قبل بنها.

١٦. نهب مدينة، أو مكان، حتى بعد أخذه عنوة.

١٧. استخدام المسموم أو أسلحة لها سمية، أو لغاز الخناق، أو لغاز السام، أو غيرها من الوسائل أو المواد أو الأجهزة التي لها أثر ممل؛ أو استعمال رصاص يتمدد، أو ينتشر بسهولة في الجسم.

١٨. استعمال أسلحة أو صواريخ أو مواد أو وسائل حربية تحدث معاناة لا ضرورة لها، أو جرحا مغالى فيها Superfluous Injury or Unnecessary Suffering.

١٩. إتيان أعمال شريية -لا حياة فيها- ضد شخص أو أشخاص بما يخل بكرامتهم، وعلى الأخص عن طريق إذلالهم أو إهانتهم.

٢٠. تجويعهم عن طريق حرمانهم من وسائل الحياة وضرورتها كإجراء يدعم الأعمال الحربية ويقويها؛ رغم كونهم من المدنيين.

٢١. اغتصاب أشخاص أو استعبادهم جنسياً Sexual Slavery أو فرض الدعاية عليهم، أو إكراههم على الحمل^١ أو تعقيمهم جبراً حتى لا ينجبوا Enforced Sterilization.

٢٢- استخدام مدنيين أو غيرهم من الأشخاص المكفولين بالحماية، كدروع بشرية في مناطق بنواتها بما يحول دون وقوع أعمال حربية فيها.

٢٣- قيد أو تسجيل أطفال أقل من خمسة عشر عاماً، لحملهم على الخدمة الإلزامية في القوات المسلحة الوطنية، أو لاستخدامهم في الإسهام للنشط في الأعمال العدائية.

رابعاً:

ضوابط مباشرة المحكمة الجنائية الدولية لولايتها

٥٩٣- تبشر هذه المحكمة ولايتها بالفصل في الجرائم المنصوص عليها في المادة ٥ من نظامها، وفق قواعده، ويمرعاة ما يأتي:

أ. أن تحيل إحدى الدول المعيرة طرفاً في هذا النظام -وفق نص مادته الرابعة عشرة- إلى سلطة الاتهام The Prosecutor، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ب. أن يحيل مجلس الأمن -وفق ما ينص عليه الفصل ٧ من ميثاق الأمم المتحدة- إلى سلطة الاتهام، جريمة أو أكثر مما تقدم، إذا دل ظاهر الحال على وقوعها.

ج. أن تكون سلطة الاتهام قد بدلت في إجراء تحقيق في شأن هذه الجريمة، وفق الأحكام المنصوص عليها في المادة ١٥ من النظام.

(١) يقصد بالإكراه على الحمل Enforced pregnancy غير المشروع لامرأة وجعلها حاملاً بالقوة بقصد الإضرار بالتركيب الخلقي لأي شعب، أو بقصد الإخلال الخطير بقواعد القانون الدولي.

خامساً:

شروط قبول المحكمة الجنائية الدولية للفصل في الجرائم التي تدخل في ولايتها

٥٩٤- ولأن اختصاص هذه المحكمة -على ما يبين من الفقرة العاشرة لديباجة نظامها- يعتبر مكملاً للنظم العقابية الوطنية، فإن عليها أن تقرر عدم قبول القضية المطروحة عليها في الأحوال الآتية بيانها:

١. إذا كانت القضية قد تناولتها إحدى الدول التي لها ولاية عليها، بالتحقيق أو الاتهام، ما لم تكن هذه الدولة، غير راعية، أو غير قادرة بصفة أصيلة، على المضى في أعمال التحقيق أو الاتهام التي بدأتها.

٢. إذا كانت الدولة التي لها ولاية على القضية، قد قررت بعد تحقيقها لها، ألا توجبه الاتهام إلى الشخص المعنى بها، ما لم يكن هذا القرار ناجماً عن انتفاء رغبةها، أو عدم قدرتها أصلاً، على توجبه الاتهام.

٣. إذا كانت القضية ليس لها من الأهمية والخطر ما يدعو المحكمة الجنائية الدولية إلى متابعتها.

٤. إذا كان الشخص المعنى بالجريمة -المحظور ارتكابها وفق أحكام المواد ٦ و ٧ و ٨ من هذا النظام- قد حوكم عنها من قبل محكمة أخرى. إذ لا يجوز للمحكمة الجنائية الدولية أن تحاكمه عن هذه الجريمة ذاتها إلا في إحدى حالتين:

أولاهما: أن تكون الإجراءات في المحكمة الأخرى تتوخى حماية للشخص المعنى بالجريمة التي تدخل في ولاية المحكمة الجنائية الدولية، من المسؤولية الجنائية عنها.

ثانيتهما: أن تكون الإجراءات التي طبقتها المحكمة الأخرى في شأن الجريمة، لا تسد على حينئذ أو مستقبلاً وفق قواعد القانون الدولي المسلم بها؛ وكان تطبيقها لها قد تم على نحو لا يتفق -في نطاق الأوضاع التي لا يستهان- وقصد تقديم هذا الشخص للعدالة لينال جزاءه عنها.

الفصل الرابع

الرقابة القضائية على دستورية محكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية

نبذة علمة

٥٩٥- وفي نطاق اختصاص السلطة التشريعية بتقرير القواعد القانونية التي تنظم إدارة القوات المسلحة وضوابط عمل أفرادها، وواجبتهم التي يؤخذون على الإخلال بها، وأنماط سلوكهم التي يلتزمون بمراعاتها، تصوغ السلطة التشريعية ما تراه من النصوص العقابية ملائمة وضروريا لنهيمهم عن إتيان الجرائم التي حدثتها، وعقابهم عنها حال ارتكابهم لها.

ويتم ذلك وفق القواعد الموضوعية والإجرائية التي تنضبط بها محاكمتهم عن تلك الجرائم، والتي يندرج تحتها تحديد نموذج المحاكم التي تشكلها للفصل في جرائمهم، وطرق الطعن في أحكامها، وقواعد التصديق عليها تحويرا أو إمضاء لها.

كل ذلك بقصد تحقيق نظام خاص للعدالة الجنائية يقتصر على أفراد القوات المسلحة من ضباطها وجنودها حيثما كانوا؛ ومن الملحقين بهم الذين يرتبطون معهم بعلاقة من نوع خاص؛ ومن جنود وضباط الاحتياط الذين تستدعيهم القوات المسلحة بعد انتهاء خدمتهم، بقصد تطوير تدريبهم. فهؤلاء وهؤلاء يمثلون جوهر النظم العسكرية التي لا توفر للخاضعين لها -في الأعم من الأحوال- ضوابط حقيقة للتقاضي. وكثيرا ما تخل بضماناته الرئيسية، وعلى الأخص ما يتعلق باستقلال قضاة هذه المحاكم وحيثتهم.

وكان منطوقا أن يستبعد المدنيون من دائرة تلك للنظم، وأن تنص الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ من الدستور الروماني، على أن الأصل في العدالة، هو أن تديرها محكمة العدل العليا وغيرها من المحاكم التي ينشئها القانون؛ وأن من المحظور تكوين محاكم لها طبيعة استثنائية *The Setting Up of Courts of Exception is Prohibited*؛ وأن تنص كذلك المادة ١٠٢ من الدستور الإيطالي على أن الوظيفة القضائية لا يتولاها إلا قضاة عاديون يتم تعيينهم وتنظيم أوضاعهم وفق قواعد التنظيم القضائي. ولا يجوز تعيين قضاة استثنائيين، ولا قضاة خاصين، وإن جاز تشكيل دوائر خاصة من القضاة لنظر مسائل بذواتها، على أن يكون ذلك في إطار الأجهزة القضائية العادية؛ ويشترط إسهام المواطنين للمؤهلين -الذين لا يعتبرون أعضاء في السلطة القضائية- في نشاطها.

ويحدد القانون هذه المسائل، وصور الإسهام الشعبي في إدارة العدالة.

وتنص المواد ١٨٦ و ١٨٨ و ١٨٩ من دستور مملكة تايلاند على أن النظر في الخصومة القضائية من اختصاص المحاكم التي يتعين أن تفصل فيها وفقاً للقانون.

ولا يجوز أن تحل محل المحاكم العادية، محكمة يوليها المشرع اختصاص الفصل في قضية بذاتها. وليس للمشرع أن يعد قانوناً من أثره تغيير أو تعديل القانون المنظم للسلطة القضائية، أو للقواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، إذا كان هذا القانون لا يتوخى غير موجود تطبيقه على قضية بذاتها^(١).

وتنص المادة ١/٢٧ من دستور الجمهورية الكورية الصادر في ١٧/٧/١٩٤٨ والمعدل في ٢٩/١٠/١٩٨٧، على أن المواطنين لا يحاكمهم إلا قضاء مؤهلين وفقاً للدستور والقانون،

وتحظر فقرتها الثانية، مثول المواطنين من غير المجندين في القوات المسلحة، أو العاملين فيها، أمام محاكم عسكرية في تشكيلها، ما لم يكن ذلك بعد إعلان القوانين الحرفية الاستثنائية، وفي شأن جرائم بذواتها^(٢).

وتنص المادة ٢٨ من هذا الدستور على أن للأشخاص الذين تثار في شأنهم شبهة ارتكابهم لجريمة ما، حق في التعويض عن مدة احتجازهم، إذا أطلق سراحهم وفقاً للقانون، أو لم يوجه اتهام إليهم.

(١) تنص المادة ١٩٤ من دستور تايلاند على أن للمحاكم العسكرية ملطمة الفصل في الخصومات في الحدود المنصوص عليها في القانون.

(٢) حصر الدستور هذه الجرائم في جريمة الإخلال بسرية المعلومات الحربية الهامة، وجريمة تخلي الجند الذين يتولون حراسة المواقع الحربية عن واجباتهم، وجريمة إمداد الجيش بالخدمة فاسدة، والجرائم التي يبينها القانون وتقع على مداهته وتجهيزاته، والجرائم ذات الصلة بالأمرى.

المبحث الأول

الحد الأدنى من الحقوق المقررة لكل فرد

في مواجهة سلطة الاتهام

٥٩٦- يتولى القضاء بحكم ضمايرهم، وعلي ضوء واجبه في تطبيق قاعدة لقانون، مسئولية ضمان حماية حقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية بما يكفل فعاليتها. وعليهم أن يبتذلوا كل جهد من أجل توفيق تشريعاتهم الوطنية مع التطور الراهن لحقوق الإنسان في النطاق الدولي.

ذلك أن هذه الحقوق -على حد قول الأستاذ هنكن- >>هي التي يطلبها كل فرد ويستأثر بها، ويحرص على أن توليها الجماعة اهتمامها، وأن توفر لها مجالا حيا لتطبيقها.

ووصفها بأنها حقوق لكل إنسان، يفيد عالميتها، وأن على كل جماعة أن تسلم بها، وأن مضمونها لا تغيره الجغرافيا ولا التاريخ ولا الثقافة ولا الأيدلوجية، ولا النظم الاقتصادية أو السياسية، ولا درجة التطور التي بلغتها.

وجودها وضرورة النزول عليها لا يرتبط كذلك بالعرق، ولا بالجنس، ولا بالطبقة الاجتماعية، ولا بمركز أيا كان. ووصفها بأنها حقوق، مؤداه أن طلبها يدخل في منطقة الحق، وأنها بالتالي لا تعتبر من الحقوق التي تنتجها روابط الأخوة، أو التي يثرها الوجدان. ولا يمنحها أحد كذلك تعصيلاً على غيره. ولا هي آمال يرنو أصحابها إليها أو يطمعون في تحقيقها، ولا مجرد ثمار يسمعون إلى جنبها.

ولا يحتاج أصحابها، إلى كسبها أو التكتيل على استحقاقهم لها. وإنما هي تخويل Entitlement يقابل بالترام في إطار نظم سياسي يخضع للقانون، إذا كان هذا النظام خلقياً ومحكوماً بقانون أخلاقي. ومن ثم لا تعتبر حقوق الإنسان، نظرة مثالية تتطلع بصورة مجودة إلى ما هو خير أو حسن، ولكنها حقوق تقبل للتحديد، ولا تجهيل فيها. وهي في مجموعها تبلور ضرورة احترام كرامة الفرد، وهدراً كبيراً من ذقته شخصيته، وتقيماً لحقائق العدل ومظاهر الجور^(١).

(١) Hinken, Rights here and there, vol. 81, 1981 Colombia Law Review, at 1582.

وليس الدستور بالتالي مصدراً لهذه الحقوق. والمعاهدة الدولية والأعمال الحكومية لا تنشئها. وإنما هي مجرد وسائل تؤكد من خلالها اعتناقها بها، وتكفل عن طريقها آلية ملائمة لتنفيذها.

٥٩٧- وتقليدياً تندرج دائرة حقوق الإنسان لتشمل كل ما يتصل بآدمية الفرد وكرامته كحرية الاجتماع والتعبير عن الآراء وحرية العقيدة. ومن هذه الناحية تثير حقوق الإنسان خلافاً في شأن حقيقة القائمة التي تشملها هذه الحقوق، ونطاق أو مضمون كل حق منها.

ومن الناحية الإجرائية، تحيل هذه الحقوق إلى القواعد الأساسية في القانون التي تكفل حمايتها.

وثمة حقيقة لا مراء فيها، هي أن حقوق الإنسان وحرياته سواء في توجهاتها أو في القيم التي تكرسها- تغدو سراباً، إذا لم تكفل للنظم القانونية التي تحيط بها -إطاراً فعالاً لضمانها- شأن حقوق الأفراد في ذلك، شأن التزاماتهم. ذلك أن (إعمال تنفيذها جبراً على من يذاعون فيها أو يتصلون من إيفائها، يحيلها أحياناً بنصرها، ولا نقبض بأيدينا عليها^(١)).

Legal obligations that exist, but cannot be enforced, are ghosts that are seen in the law, but are elusive to the grasp.

ومجرد إيراد قائمة بحقوق الناس وحرياتهم، لا يكفلها، ولو أدرجها الدستور في صلبه، أو نص عليها إعلان منفصل عن الدستور ولو كان في قوة أحكامه.

ذلك أن النصوص القانونية -كما في ذلك نصوص الدستور- لا تكمن قيمتها في مجرد تكوينها، إذ هي تعبير عن قيم لا تنبض بالحياة إلا من خلال تطبيقها. ومن المتصور بالتالي أن تطبق في دولتين مختلفتين، وثيقتان لحقوق المواطنين وحرياتهم، وأن تتباعد بصورة كلية أو جزئية في مجال تطبيقهما. وحتى داخل الدولة الواحدة، فإن نظمها القانونية القائمة، لا يتم تطبيقها بصورة واحدة في عصور مختلفة من تاريخها. وإنما تتباين تطبيقاتها فيها على ضوء موقعها من الديموقراطية عدولاً عنها أو اعتصاماً بها. وتظل الحقائق التاريخية التي عايشتها الأمم على اختلافها، والشواهد التي تدل عليها تجاربها المريرة، خير برهان على أن الضمان النهائي لحقوق الناس وحرياتهم، لا يكمن في مجرد القول بها، ولا في تكوينها في موثيق تحرر بها عن إصرارها عليها، وإنما يكفلها آلية قضائية لها من استقلالها وحيديتها ومن مكانتها بين مواطنيها، ما يمنحها قوة أدبية كبيرة تزن من خلالها بالقسط عدوان السلطة للتشويعية أو

(١) The Western Maid, 257 U.S. 419 (1922) at 433.

للتفديزة على كل حق أو حرية كظها المستور، لتردهما معا إلى القيد التي فرضها عليهما، فلا تخرجان عن حدود ولايتيهما. ويتم هذا الحدان ليس فقط من خلال النصوص القانونية أو عن طريق بعض التدابير، كالقبض والاعتقال، وإنما يتحقق كذلك من خلال إلحاق المدنيين بالعسكريين الذين يختلفون عنهم ليس فقط في صفاتهم وطبيعة المهام الملقاة عليهم، وجرهم النظم التي ينبغي أن تحكم كل فريق منهم، وإنما كذلك في نوع واجباتهم، وأنماط سلوكهم التي يؤخذون عنها، وماهية الجرائم التي يجوز إستانداها إليهم. ذلك أن الجرائم العسكرية غير جرائم القانون العام، في أوصافها وأركانها والأغراض التي تستهدفها.

كذلك فإن لكل من هذين النوعين من الجرائم، قضائتها الذين يتمايزون فيما بينهم، سواء في طرائق تعيينهم وقدر استقلالهم، وحيثتهم؛ أو في الطريقة العملية التي يدبرون بها العدالة الجنائية، وكذلك في كيفية تشكيل المحاكم التي تضمهم، وطرق الطعن في أحكامها، والشروط التي يتطلبها القانون لنهائيتها.

فلا يجر مدنيون إلى محاكم عسكرية لا يطمثلون لضمائانتها، ولا شأن لهم بقضائتها، ولا بومائتها في تنفيذ أحكامها، ذلك أن التمييز بين الجرائم التي تفصل فيها هذه المحاكم، وغيرها من الجرائم التي تواجهاها النظم المدنية - وهي جرائم القانون العام - ضرورة بقضائها أن لكل نوع من هذه الجرائم، قضاء بقهمون أبعادها، ويدركون خصائص وأغراض الأجزاء المقرر علي ارتكابها. ولئن جاز القول بأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والموضوع والأشخاص، إلا أن التخصص غير للعمل. كذلك يفترض التخصص، أن تعطي لكل حالة لبوسها، وأن يتقيد بالأغراض النهائية التي يتوخاها، ليكون طريقا إلى عدالة أعمق ولكمل.

٥٩٨- وسواء نطق الأمر بالمحاكم العسكرية أو بمحاكم القانون العام، فإن من يقدمون إليها ويمثلون أمامها عن الجرائم التي تدخل -حسبياً- في نطاق ولاية كل منهما، يتمتعون في مواجبتها بحد أدنى من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها بالنظر إلى تعلقها بالضوابط الأساسية للمحاكمة المنصفة التي وصفها المحكمة الدستورية العليا بأنها مجموعة القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاما متكامل الملاح، يتوخى بالأسس التي يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحقوقه الأساسية؛ ويحول بضماناته دون إساءة استخدام الغوية بما يخرجها عن أهدافها؛ وينطلق في ركائزه من إيمان الأمم المتحضرة بحرمة الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية؛ ويتغيا في جهره أن تنقيد الدولة -في مجال تحديدها للجرائم وتقرير عقوباتها- بالأغراض النهائية للقوانين الجنائية، التي ينبغي أن تكون إدانة

المتهم هدفاً مقصوداً منها، أو أن تكون القواعد التي تتم محاكمته على ضوءها، مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة. وإنما يتعين أن نلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التي تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز السزول عنها أو الانتقاص منها. ذلك أن القواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة، وإن كانت إجرائية في الأصل، إلا أن تطبيقها في مجال الخصومة الجنائية -وعلى امتداد مراحلها- يؤثر بالضرورة في محصلتها النهائية^(١).

وتتوخى القواعد المبدئية للنظم العقابية جميعها، تحديد دائرة المخاطبين بها بما يكفل تحقيق أهدافها. فالمندوبون جميعهم مخاطبون بجرائم القانون العام، والذين يعملون في القوات المسلحة، ويعتبرون من كوادرها، أو يلحقون بها لخدمتها، لهم جرائم تخصص لا يتوخى المشرع بتقريبها غير تأمين للقوات المسلحة، وضمان تماسكها حتى لا يفسرط عقدها، أو يخل نظامها.

ولهؤلاء هؤلاء محاكمهم التي يستقون بها، سواء تعلق الأمر بتشكيلها، أو بضماناتها، أو بكيفية تطبيقها عملاً.

٥٩٩- وإذا كان المندوبون مخاطبين بجرائم القانون العام، ولهم محاكمهم التي تستقل بتشكيلها وضماناتها عن المحاكم العسكرية؛ فإن العسكريين لا يتمتعون أثناء خدمتهم بكامل حقوق المدنيين. ومن ذلك أن حقهم في اختيار الزوج ليس مطلقاً، وحريةهم في التعبير عن آرائهم داخل وحداتهم ونشرها من خلال حق الاجتماع، تتخللها قيود كثيرة تصل إلى حد منعها كلية إذا كان من شأن ترويجها إيهان عزائم من يتقونها. كذلك يغلغل أمامهم الطريق إلى الانضمام إلى الأحزاب السياسية أو الإسهام الفعال في نشاطها. وقد يكون دخولهم في النظم العقابية أثناء خدمتهم، معلقاً على إذن خاص. وللنظم التأديبية التي يخضعون لها صرامتها ومرونتها التي تكفل تحقيق أهدافها، وعلى الأخص أثناء خدمتهم في ميدان الأعمال الحربية، لضمان امتثالهم لأوامر قادتهم دون إبطاء وبذلهم كل جهد لتنفيذها في الصورة المرجوة.

(١) 'مستورية عليا' - للقضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية- جلسة ١٢/٢/١٩٩٥- قاعدة رقم ١٥ من ٢٨٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ذلك أن الخضوع لها وإمضاءها في توقيعاتها المحددة، والامتناع عن معارضتها، هو الضمان الوحيد لصون الخصائص القتالية العالية لوحدهم^(١).

وجرائمهم التأديبية هذه -التي ينفذ الاختصاص في تقدير الجزاء على ارتكابها، للقيادة والرؤساء في وحدتهم بوصفهم مسؤولين عن الانضباط فيها- غير جرائمهم العسكرية التي يحصيها المشرع ويحصيها في أفعال بذواتها ينص عليها بما يفصل أركانها. ومن ثم تستقل العقوبة التأديبية -في مجال تطبيقها وإجراءاتها والسلطة المختصة بتوقيعها- عن العقوبة الجنائية التي يؤخذون بها عن جرائمهم.

ذلك أن الفعل الواحد، قد يشكل ذنباً إدارياً وجريمة جنائية في آن واحد. ولا يحول نطق المواخاة التأديبية بولاعة بذاتها، دون نطق الدعوى الجنائية بهذه الواقعة عنها إذا كان المشرع قد أتم جنائياً ارتكابها.

ولئن جاز القول بأن الجزاء الانضباطي لا تتوافر فيه كل خصالة يحيط المشرع بها إيقاع العقوبة الجنائية؛ وأن الجريمة التأديبية تحركها أفعال قلما يتدخل المشرع لتعيينها بقانون، وإنما يحيل في شأن بيانها -وبصورة إجمالية- إلى السلطة اللامعية التي يحددها؛ وكان الجزاء الجنائي يرتبط بالضرورة بجريمة يعين القانون أركانها في صلبه، فلا يكل تحديدها إلى أداة أدنى؛ وكان الخطأ الواحد في الجريمة التأديبية كثيراً ما يحاط بكثير من جزاء كي تقدر السلطة المختصة ما تراه مناسباً من بينها في حالة بذاتها لسها خصائصها؛ إلا أن العقوبة التأديبية تسوغها ضرورة سيطرة القادة والرؤساء على وحدتهم، وإقرار النظام للتفسيق بين أفرادها.

٦٠٠- وقد يعارض بعض المواطنين الاضطراب في القوات المسلحة بناء على عقيدة يؤمنون بها، أو على ضوء وجهة نظر فلسفية تنبئهم عن القتال Les objecteurs de conscience فلا يكون قبول المشرع لاعتراضهم على سفك الدماء، غير عمل من أعمال التسامح، لا يعفيهم نهائياً من الخدمة الإلزامية بالقوات المسلحة؛ وإنما يلحقهم المشرع بإحدى

(١) "تسوية عليا" -لجنة رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "تسوية" -جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ -مادة رقم ١٤ ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الأول من مجموعة أحكامها.

وحداتها غير القتالية. وقد يندل خدمتهم الإلزامية- وما لا يجاوز المدة المقررة أصلاً لها- بخدمة مدنية تعود فائدتها على الجماعة^(١).

٦٠١ - ولا يحول خضوع العسكريين لنظام قانوني خاص، سواء فيما يتعلق بنوع الجرائم التي يساعون عنها، أو قدر عقوبتها، أو تشكيل المحاكم التي يعهد إليها بالفصل فيها، دون تمتعهم في محاكمتهم عنها بحد أدنى من الحقوق التي لا يجوز للتقريب فيها، ومن بينها:

١. ضرورة تعريفهم بالتهمة الموجهة إليهم في طبيعتها وسببها وأدلتها وكافة عناصرها. ويكون ذلك بإخطارهم بها دون إرجاء، وتفصيلاً، وبلغة يفهمونها.

٢. أن يتوافر لديهم الوسائل الكافية والملائمة لتحضير دفاعهم، مع ضمان اتصالهم بالمدافعين عنهم من المحامين^(٢).

٣. أن يفصل في التهم الموجهة إليهم دون إبطاء، ودون إخلال بالحق في الدفاع عنهم، -سواء بأنفسهم أو عن طريق محامين يختارونهم، أو محامين يندبون لهذا الغرض- وبشرط ألا تكون هذه المعونة القانونية شكلية في حقيقتها.

ذلك أن غايتها ضمان تقديم دفاع مقدر يرد التهم على أعقابها، فلا يكون هذا الدفاع غير معونة لها من فعاليتها، ما يؤكد موضوعيتها^(٣).

٤. أن يتوافر لهم -إذا كانوا من المعوزين- حق الحصول على المعونة القانونية الملائمة بغير تكلفة. ذلك أن تحميلهم نفقتها يعجزهم عنها، ويردهم عن طلبها.

٥. امتناع حملهم على الإدلاء بأقوال تكذبهم، لأنهم بذلك يشهدون ضد أنفسهم جبراً، ويقررون بذنوبهم التي يريدون كتمانها، فلا تكون هذه الأقوال غير إضرار بهم بغير رضائهم^(٤).

(١) في فرنسا تضاعف المدة باللمبية إلى من يعارضون الانخراط في الوحدات القتالية للفرات المسلحة وهو ما يناقض مبدأ المساواة. ذلك أن الإذن لهم بعدم الانخراط فيها، يقتضى أن تكون الأعمال البديلة عن الخدمة العسكرية مساوية في زمنها للمدة ذاتها المقررة لهذه الخدمة.

Arlette Heymann- Doot, libertés publiques et droit de l' homme, 4 édition, pp. 104 - 106.

(٢) (3) Gidon v. Wainwright, 372 U.S.335(1963).

(٤) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436(1966).

٦. أن يتبها لهم مترجمون يفهمونهم لغة قضائهم، إذا عجزوا عن إدراكها.
٧. ألا يطبق عليهم قانون جنائي بلتر رجعي، وألا تزيد وطأه العقوبة التي يفرضها هذا القانون بأثر مباشر، عن قدر يكفل تناسبها مع الجريمة. فإذا تعامد قانونان على الجريمة ذاتها، تبين أن يكتفى بالعقوبة الأقل التي قررها القانون اللاحق.
٨. أن يكفل المشرع حقهم في تنفيذ عناصر الاتهام ودحضها، وذلك من خلال مواجهة شهود الاتهام وتجريحهم تشكيكا في أقوالهم، واستدعائهم كذلك لشهود ينفون الاتهام عنهم. كل ذلك في نطاق وسائل إجرائية جبرية يجوز طلبها والحصل عليها.
٩. أن يتوفر لهم شكل من أشكال الطعن في الأحكام التي تصدر ضدهم. على أن تتم مراجعتها من قبل محكمة أعلى لها من استقلالها وحيثتها وطبيعة القواعد التي تطبقها، مما يكفل إنصافها.
١٠. ضمان حقهم في التعويض وفقاً للقانون عن إدانتهم بالجريمة بخير حق. ويتفرد عقوبتها دون مقتض. وذلك كلما نقض الحكم الصادر فيها، أو صدر عفو عنها بعد ظهور واقعة جديدة تؤكد سبباً لا خفاء فيه- أن الحالة لم تقدم في الصورة التي لا يخل بها مجراها Misscarriage of justice. ويتعين أن يكون هذا التعويض كاملاً -لا رمزياً- إذ هو تعويض عن خطأ السلطة القضائية الجسيم، أو عن إدارة الحالة بما يشوه وجهها^(١).
١١. أن تفصل في الاتهام محكمة لها من صلاحياتها الموضوعية والإجرائية، وعلاوة جلساتها، ما يكفل استقلالها وحيثتها^(٢).

(١) شبيه بذلك ما نص عليه المادة ١٥ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من أنه إذا تبين للمحكمة الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، أن قراراً أو تدبيراً قد صدر عن سلطة قانونية أو أية سلطة غيرها لأحدى الدول المتعاقدة، وأن هذا القرار أو التدبير يتعارض كلياً أو جزئياً مع الالتزامات المفقاة على عاتق هذه الدولة، تبين على المحكمة- عند الضرورة- أن تقدم ترضية عاجلة للطرف المضرور، إذا كان للقانون الداخلي لتلك الدولة لا يسمح بخير تعويض جزئي عن النتائج المترتبة على هذا القرار أو التدبير.

(٢) انظر فيما تقدم المادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمواد ١١، ١٠، ٨، ٧ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛ والمادة ٨ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة في سان جوسيه في ١١/١٦/١٩٦٩، وكذلك الميثاق الأفريقي حول حقوق الإنسان والشعوب.

١٢. ضمان استبعاد كل دليل يتم التحصل عليه بالمخالفة للمستور والقانون. ذلك أن القوة المتزايدة للشرطة، وتطور وسائلها التقنية في التحقيق ومطاردة الجناة والقبض عليهم، كثيرا ما أغراها على افتراء أدلة بالإكراه أو بالوعود الكاذبة^(١).

١٣. لا يجوز لمسلطة الاتهام، أن تتناوب المتهم على النزول عن حق كفه له المستور The Bargaining away of Constitutional Rights، كأن تدعوه إلى النزول عن الحق في الطعن عن الحكم الصادر بالعقوبة، مقابل إسقاط بعض التهم التي وردت في قرار الاتهام^(٢).

ويثور في هذا المقام، موضوع التفاوض مع المتهم على الإقرار بجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي تضمنها قرار الاتهام، وهو ما يسمى بالإقرار بجريمة من خلال المساومة عليها Plea Bargain .

ويفسر ذلك بأن الجرائم في الماضي كانت قليلة، وكان المتهمون يظفرون دائما بالمثول أمام قضاة يحققون في الاتهام من كل جوانبه ويفصلون فيه. ثم تطور الأمر مع الزمن بعد أن زادت الجرائم بكثرة ملحوظة وقل عدد قضائتها، وابتدع العمل -ولمواجهة هذه الصعوبة- نظاما تقدم فيه النيابة إلى المتهم ما لديها من أدلة في شأن الجريمة التي نسبتهما إليه، وتبصوه بالعقوبة التي سيلقاها لو أدين عن هذه الجريمة، ثم تدعوه إلى الإقرار بجريمة عقوبتها أقل. فإذا أقر بها، حوكم عن الجريمة الأقل. وهو ما يوفر أموالا طائلة يدفعها المواطنون في مجال تسيير مرفق العدالة، ويحقق معدلا أكبر في مجال الفصل في القضايا، ويوفر فرصة أفضل للمتهم من خلال قضاء عقوبة مدتها أقل من تلك التي كان من المحتمل توقيعها عليه في شأن الجريمة الأكبر^(٣).

إلا أن هذا النظام لازال معيبا مع كل مزاياه المتكئة. ذلك أن للمتهم ينزل عن الحق في محاكمته عن الجريمة التي اتهم أصلا بارتكابها، والتي قد لا يدان عنها. وهو يحصل على القبول بالعقوبة الأقل، خوفا من عقوبة الجريمة الأكبر؛ بما يناقض مصلحة الجمهور في أن

(١) Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914); Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 (1949); Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

(٢) Wyman v. James, 400 U.S. 309 (1971).

(٣) Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978).

تسجل الإحصاءات أن ٩٥,٥% من القضايا الجنائية التي نظرتها ولاية نيويورك في عام ١٩٦٤، تم الفصل فيها من خلال نظام المساومة؛ وأن ٧٤% من مجموع القضايا الجنائية في ولاية كاليفورنيا في العام نفسه، تم الفصل فيها على مقتضى ذات النظام.

يدان كل متهم عن الجريمة التي ارتكبها فعلا. فإذا كان المتهم بريئا من التهمة، نعين إطلاق
سراحه، خاصة إذا كان الدليل ضده ملفقا.

المبحث الثاني

الجهة المختصة بتحديد اختصاص المحاكم العسكرية

٦٠٢- تنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ على أن السلطات العسكرية هي وحدها التي تقرر ما إذا كان الجرم داخل في اختصاصها أم لا.

ولا شبهة في مخالفة هذا النص للدستور، وذلك لما يأتي:

أولاً: أن حكم المادة ٤٨ المشار إليها وإن تقرر بقانون؛ وكان القانون بعد تعبيراً عن السيادة الشعبية في كثير من الدول التي تعطيه عصمة يسمو بها على تدخل السلطة القضائية في قواعده، سواء بإبطالها أو تعديلها؛ وكان للقانون وإن أقرته السلطة التشريعية المنتخبة، إلا أن الدستور يظل قيماً على قواعده جميعها، فلا تمنع صحتها إلا بشرط تليقها للضوابط التي أحاطها للدستور بها؛ وكان البرلمان مقيداً بالدستور؛ ولو اختلط بالسلطة التنفيذية أو خالفها ليأتمر بتوجيهاتها؛ وكان خروج السلطة التشريعية، على حدود ولايتها سواء بالدول على ولاية منحها الدستور لسلطة غيرها، أو بالاندماج فيها بما يكفل توحيدها- لا يقيمها فوق الدستور، ولا يعطيها الحق في أن تستقل بتحديد معاني أحكامها؛ وكانت النظم العسكرية، ولو صدر بها قانون، إلا أنها هي في النهاية نظم قانونية مخالفة للدستور، وعليها أن تنقيد بأوامره فلا تتحول عنها؛ فقد تعين أن يكون الدستور، هذا " نهائياً لكل اختصاص^(١)."

ثانياً: أن إطلاق يد السلطة التشريعية من القيود التي تكبها، مؤداه أن تحدد بنفسها -وبوصفها حكماً نهائياً- ما يناقض أو يوافق الدستور. وهو ما يتأبى على وجود محكمة عليا تستقل بتشكيلها وضماناتها عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتعرض عليهما معا قيود الدستور، حتى لا تعمل أيتهما فيما وراء دائرة ولايتها، جوراً على اختصاص مقرر لغيرها.

ثالثاً: وإذ تنص المادة ١٨٣ من الدستور على أن ينظم القانون للقضاء العسكري، ويبين اختصاصه في حدود المبادئ الواردة في الدستور؛ فإن هذه المبادئ تكون قيماً على كل تنظيم شرعي لهذا القضاء؛ ولا يجوز بالتالي أن يجرى هذا التنظيم، حق الناس كافة في اللجوء إلى

(١) لم تكن الدساتير الفرنسية السابقة على دستور ١٩٥٨، تخول المحاكم حق النظر في دستورية القوانين، وكان منطقياً بالتالي أن يقرر مجلس الدولة الفرنسي وحدها، ما يأتي:

En l'état actuel du droit public français, un tel moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant en contentieux [C. E.6 Nov. 1936].

قاضيهما الطبيعي؛ ولا أن يدخل بحقهم في الدفاع؛ ولا في النفاذ إلى الوسائل القضائية الملائمة للدفاع عن حقوقهم إذا كانوا غير قادرين ماليا على تحمل نفقاتها؛ ولا أن يهدر ضمانات استقلال القضاة وحيدتهم؛ وامتناع عزلهم؛ وعلاكية جلساتهم؛ وخضوعهم للقانون فيما يفصلون فيه من القضايا؛ ولا أن يجيز التدخل في شؤون العدالة؛ وجميعها حقوق كلها المستور لكل فرد وفق مواد ٦٨، ٦٩، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٨ و ١٦٩؛ بما يحول دون الخروج عليها من خلال بسط حدود الدائرة المطلقة التي يعمل القضاء العسكري في نطاقها؛ وإلا صار قضاء استثنائيا، مخالفاً للمستور.

رابعاً: وإذا كانت المحكمة الدستورية العليا -على ما تنص المادة ٢٥ من قانونها - هي الهيئة القضائية الوحيدة التي تختص بالفصل في كل نزاع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين مختلفتين، وكان عليها أن تستبصر لولا نطق الولاية التي حددها المشرع لكل من هاتين الجهتين، وأن تفصل بحدوث فيما إذا كان المشرع قد حدد تخوم هذه الولاية وفق ضوابطها المنصوص عليها في الدستور.

فإذا بان لها مجاوزة المشرع لهذه الضوابط كان عليها أن تبطل للنصوص القانونية التي خالفها من خلال استعمالها لرخصة التصديق المنصوص عليها في المادة ٢٧ من قانونها على تقدير أن اللجوء لهذه الرخصة، يتصل بنزاع معروف عليها يدخل الفصل فيه في اختصاصها لتعلقه بتطبيق نص المادة ٢٥ من قانونها.

خامساً: وإذا تنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية على أن المحاكم العسكرية وحدها هي التي تحدد ما يدخل وما لا يدخل في اختصاصها؛ وكان ما قرره هذا القانون في ذلك -وهو سابق في وجوده على العمل بقانون المحكمة الدستورية العليا- يناقض اختصاص هذه المحكمة المنصوص عليه في المادة ٢٥ من قانونها، فإن قانون الأحكام العسكرية لا يكون معدلاً لقانون لاحق عليه، خاصة إذا كان هذا القانون اللاحق قد نظم بصورة مبتدأ القواعد التي تحكم للتنازع على الاختصاص بين جهتين قضائيتين مستقلتين أيا كان موقعهما أو طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكما. فضلاً عما هو مقرر من علو المحكمة الدستورية العليا على كل هيئة قضائية سواها. وهو ما خولها -وفقاً لقانونها- السلطة التي تحدد بها، ليس فقط الهيئة القضائية التي اختصاصها المشرع بالفصل في النزاع محل التنازع، وإنما كذلك إضفاء ولاية

جديدة علي هذه الهيئة إذا كان النزاع قد خرج من يدها بصفة نهائية بإصدارها حكماً قاطعاً فيه بعد تقديم طلب فض التنازع إلى المحكمة الدستورية العليا^(١).

ولا يتصور بالتالي أن يتولي القضاء العسكري مهمة الفصل في نزاع علي الاختصاص يكون هو طرفاً فيه، وإلا لقلب خصماً وحكماً في آن واحد.

سادساً: كذلك فإن الهيئتين القضائيتين المتنازعتين علي الاختصاص تتكافآن قدرأً، ولا تعلق إحداهما علي أخراهما. وإنما هما خصمان في موضوع معين يتعين أن تفصل فيه محكمة تطوهما معاً، هي المحكمة الدستورية العليا التي يستحيل أن تكون لأحكماها سـعلي مـا جري به قضاؤها- طرفاً في نزاع علي الاختصاص. وفي ذلك ضمان لحيدتها فيما بين الجهتين المتنازعتين علي الاختصاص، لتخص إحداهما بالفصل في النزاع المعروض عليهما باعتبارها أولى به من غيرها وفق أحكام الدستور والقانون^(٢).

(١) للقضية رقم ٨ لسنة ١٢ قضائية تنازع- قاعدة رقم ٥- جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ ص ٤٥٦ من المجلد الثاني من الجزء الخامس. أنظر كذلك القضية رقم ٢ لسنة ١٢ قضائية "منزعة تنفيذ"- قاعدة رقم ٣- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- ص ٤٠٥ من المجلد الأول من الجزء الخامس.

(٢) للقضية رقم ٦ لسنة ١٤ قضائية تنازع- قاعدة رقم ٧- جلسة ٧ مايو ١٩٩٤ ص ٨٣٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكامها، وفيها فصلت المحكمة الدستورية في تناقض مدعي به بين حكمتين نهائيتين صدر أحدهما عن محكمة أمن الدولة العليا، وثانيهما عن المحكمة العسكرية العليا، فاطعته بذلك بعدم اعتدالها بنص المادة ٤٨ من قانون الأحكام العسكرية. ذلك أنه سواء تعلق الأمر بالتنازع علي الاختصاص أو بالتلفظ في الأحكام، فإن المحكمة الدستورية العليا لا تفصل في هذا النزاع إلا علي ضوء أجدر هاتين المحكمتين بنظره في إبطال الحدود التي رسمها للمشروع لولاية كل منهما بما لا يتلفظ الدستور.

المبحث الثالث

قانون الأحكام العسكرية قانون خاص

٦٠٣- هو قانون خاص بالنظر إلى نوع الجرائم التي ينظمها، والمسؤولين جنائيا عن ارتكابها، وتشكيل المحاكم التي تقبل فيها، وطرق الطعن في أحكامها والقواعد التي تفرضها في مجال التصديق عليها. وهو بذلك يستقل عن محاكم القانون العام سواء فسي تشكيلها أو ضماناتها، خاصة ما يتعلق منها بحديثها واستقلالها، وهما ضمانان أساسيان لصون حقوق المواطنين وحرياتهم. وحتى وإن نص هذا القانون للخاص على تطبيق القواعد الإجرائية التي حوam القانون العام، إلا أن الكيفية التي تطبق بها القواعد عملا هي التي تسم المحاكم العسكرية بالخروج على النمط الإجرائي لمحاكم القانون العام.

وهذا التنظيم الخاص وإن كان يمايز بين الجرائم بعضها البعض بالنظر لخصائصها، وكان الأصل في التنظيم الخاص، أن ينبو عن قواعد القانون العام إلا إذا أحال إليها، أو خلا من نص على خلافها؛ إلا أن أفراد أنواع بذواتها من الجرائم بقانون خاص يحيط بها، لا يعتبر معينا مستوريا، ولو فقد القانون الجنائي تلك الوحدة التي تقتض تنظيمها شاملا ووحيدا" للجرائم جميعها. ذلك أن وحدة القانون الجنائي، أو تفرق قواعده بين أكثر من قانون، يرتبط دوما بطبيعة المصالح التي ينظمها.

فكلما كان لبعض المصالح الهامة ذاتيتها التي تفرضها بخصائص تستقل بها، وتبرر تميزها عن غيرها، فإن تنظيمها بقانون خاص لرد العدوان عليها بجزاء يلائمها، لا يكون مخالفا" للمستور. إذ هو أدخل إلى السياسة التشريعية التي لا يجوز لجهة الرقابة القضائية على الدستورية أن تخوض في صحتها، ولا أن تجل بصرها في بواعثها أو حكمها؛ ولا أن تحدد بنفسها بدلا أفضل من المشرع، وإنما تنحصر مهمتها في أمرين:

أولهما: تقدير الأسس التي أقام المشرع عليها نظم التجريم، وتقييم العقوبة التي قدرها لكل جريمة من جهة غلوها، أو قسوتها، أو ضرورتها أصلا^(١).

ثانيهما: ألا تهبط القواعد الإجرائية التي تحيط بالمتهمين الذين يحاكمون عن جرائمهم، عن الحد الأدنى من الحقوق التي يتعين ضمانها لهم. وشرط ذلك أن تكون محاكمتهم منصفة لا يمتاز فيها بعض المتهمين على بعض، وإنما يظلم المستور جميعا بالحماية، ولو كانوا غير

(١) لا يكون توقيع العقوبة ولجبا إذا صدر قانون أصح للمتهم.

مواطنين، ويشملهم بالتالى افتراض البراءة والحق فى دفع الاتهام -بما فى ذلك مواجهة شهود إثباته- بكافة الوسائل للقانونية.

وهذه المحاكمة المنصفة التى خلا للمستور حتى من بيان صورة إجمالية لملاحمها، إلا أن قضاء المحكمة الدستورية العليا حدد خطوطها الرئيسية فيما جاء به من أن هذه المحاكمة قوامها خصائص النظم التى التزمتها الدول الديمقراطية فى مجال إفارتها للعدالة الجنائية وسيعمل لتحقيق متطلباتها، على تقدير أن لكل جريمة أثرا مباشرا يتمثل فى حرمان مرتكبها من الحق فى الحياة والحرية، وقد تجرده من أموال يملكها؛ وأن كل عقوبة تخرج عن المقاييس المعاصرة لمفهوم الجزء، تتلخص شرط الوسائل القانونية السلمية؛ وأن الأغراض الاجتماعية التى يستهدفها التجريم لا يندرج تحتها حرص الجماعة التى يوجد المتهم بين ظهرانيها، على إرواء تعطشها للثأر والانتقام، ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا؛ وأن الإفرط فى التجريم، والمغالاة فى العقوبة، وإن كانا محظورين، إلا أن كل جزء جنائى لا يجوز أن يقل فى مده عما يكون لازما لحمل المخاطبين بالنصوص الجنائية، على أن ينتهجوا طريقا سويا، فلا تجد الجريمة مدخلا لنفوسهم، ولا يكون ارتكابها -إذا ما عقوا العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها^(١).

بما مؤده أن كل عقوبة لا يجوز الإفرط فيها، ولا إيهالها بما يجاوز مقاصد التجريم.

كذلك فإن كل عقوبة يتعين وزنها بالقسط لضمان عدالتها التى لا يكلها غير تناسبها مع الجريمة وتجردها من قسوتها، فضلا عن إمكان تفريدها، على تقدير أن المذنبين لا يتقنون جميعهم فى ظروفهم، ولا فى ماضيهم، ولا فى نزوعهم إلى الجريمة والإصرار عليها كنمط فى سلوكهم لا يتبدل. فذلك وحده هو الطريق إلى معقوليتها.

٦٠٤- ويتعين بالتالى العمل على تحقيق أمرين:

أولهما: أن تحكم النصوص الجنائية مقاييس صارمة تنطق بها وحدها، ومعايير حادة تلتم مع طبيعتها، ولا تزلحمها فيما سواها من القواعد للقانونية.

(١) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية -قاعدة رقم ٢ جلسة ٦ يوليو ١٩٩٦- ص ٦٣ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها؛ والقضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ٩ - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - ص ١٤٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

ثانيهما: أن يوازن المشرع في مجال الاتهام الجنائي بين ضمان الحرية للشخصية في إطار متطلباتها؛ وبين حق الجماعة في الدفاع عن مصالحها الأساسية. فلا يخل هذا التوازن بمفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة وأصوبها وقعا. ومناطق ذلك، أن يكون تحقيق الاتهام موضوعيا بأن تجريه علانية، وخلال مدة معقولة، ووفق قواعد قانونية محددة مسلفا علي ضوء ضوابط محايدة في حقيقتها لا في مظهرها، محكمة ينشئها القضاة، ولها من استقلالها وحيدتها، ما يكفل تثبتها من حقيقة الاتهام. وبما يخل بالحد الأدنى من حقوق المتهم للمائل أمامها.

ويظل المشرع في إطار هذه المنظومة المتكاملة الأركان بالخيار بين تقرير تنظيم خاص لبعض الجرائم، أو إلحاقها بالقانون العام ليحكمها في كافة مناحيها.

فإذا اختار المشرع أفراد قانون خاص لجرائم بذواتها لها من خصائصها وطبيعتها جزاءاتها، ما يسوغ فصلها عن جرائم القانون العام، كان ذلك مما يستل بتقديره، وبما لا يخل بالفصل في دستورية نصوص هذا القانون الخاص علي ضوء أحكام الدستور^(١).

٦٠٥- وقد حدد قانون الأحكام العسكرية للصلاص بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦١، الجرائم العسكرية حصرا، وبين أنواعا وعقوباتها -الأصلية والنبعية والتكميلية- بما يلائم طبيعتها ويكفل تحقيق مفاهيم الردع من خلال الجزاء المقرر علي ارتكابها.

ولقام هذا القانون الخاص كذلك، المحاكم التي تختص بالفصل في هذه الجرائم وإتباع عقوباتها، وبين درجاتها وطرائق تشكيلها وإجراءاتها، وقوة أحكامها وقواعد إصدارها، وطرائق الطعن فيها، والسلطة المختصة بالتصديق عليها، وكيفية تنفيذها، واقتضاء المبالغ المحكوم بها. كل ذلك ليحيط المشرع بهذه الجرائم في كافة أحكامها.

(١) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ٢ جلسة ١٦ يوليو ١٩٩٦-ص ٦٢ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكامها؛ والقضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" قاعدة رقم ٩ جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦-ص ١٤٢ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

المبحث الرابع

نظرة عامة لقانون الأحكام العسكرية الصادر

بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦

٦٠٦- يعلق أحد الفقهاء المصريين على هذا القانون قتلًا بأن الذين صاغوه، جعلوه أكثر تخلفًا من كثير من القوانين القائمة في التنظيم المقارن. فلم يستند هذا القانون من ذلك التنظيم، وإنما جعل تشكيل المحاكم العسكرية مقصورًا على العسكريين، ولو كانوا غير حائزين لإجازة الحقوق التي لم تشرط في غير المدعى العام، ومدير الإدارة العامة للقضاء العسكري، كضمان لحسن توليهم المهام التي يقومون عليها، وهي من طبيعة قضائية.

ولم يجز قانون الأحكام العسكرية الطعن أمام محاكم القانون العام في أحكام المحاكم التي شكلها؛ وأعطى الضابط المصدق عليها، سلطة كاملة تصل إلى حد تحويل بنائها.

ولم يحقق المشرع بذلك وحدة القضاء بين المدنيين والعسكريين، بينما كان له حظ السبق على الدول العربية في إلغاء القضاء الطائفي بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وإدماج محاكم الأحوال الشخصية في المحاكم المدنية^(١).

(١) د. محمود محمود مصطفى - الجرائم العسكرية في القانون المقارن - الجزء الأول - ص ٢٨ من الطبعة الأولى ١٩٧١.

المبحث الخامس

جلب للمدنيين إلى المحاكم العسكرية

٦٠٧- ويزيد الأمر سوءاً، أن نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية تقرر أحكاماً "تخرج بها للنظم العسكرية عن طبيعتها، ذلك أنها تخول رئيس الجمهورية سلطة مترامية في مداها، تصير بها للنظم العسكرية هي الأصل في العلاقة بين السلطة العسكرية والمدنيين، رغم ما هو مقرر قانوناً من أن الجرائم التي تنشأ هذه النظم، لها طبيعتها الاستثنائية بالنظر إلى خروجها في مفهومها وأحكامها على جرائم القانون العام، وأن طبيعتها الاستثنائية هذه تقتضي تفسيرها في حدود ضيقة، سواء من جهة مضمونها، أو المخاطبين بها.

وتظهر هذه المخالفة من قراءة المادة ٦ المشار إليها، التي لا تخول فقط رئيس الجمهورية بمقتضى فقرتها الأولى أن يحيل إلى المحاكم العسكرية الجرائم التي تضر بأمن الدولة من جهة الدخول أو الخارج، وما يرتبط بها من الجرائم؛ ولكن فقرتها الثانية تخلط كذلك بين مجال تطبيق قانون الأحكام العسكرية وقانون الطوارئ، وهما مجالان منفصلان أصلاً، وعلى الأخص لأن حالة الطوارئ موقوفة بطبيعتها، ولها أسبابها وجرائمها التي تفصل فيها محاكم أمن الدولة التي نظمها القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

ولكن نص الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، يستبدل المحاكم العسكرية بمحاكم أمن الدولة؛ واختص الأولى بالنظر في كل جريمة أُلحِقَ قانون العقوبات أو أي قانون آخر، إذا أحالها إليها رئيس الجمهورية إثر إعلان حالة الطوارئ.

٦٠٨- وقد أثار تطبيق الفقرة الثانية المشار إليها جدلاً كبيراً حول حقيقة المقصود بها.

ومن ثم عرض طلب تفسيرها تفسيراً تشريعياً على المحكمة الدستورية العليا، التي جله بقرarla الصادر في هذا الطلب <«في عبارة أي من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠، يقصد بها الجرائم المحددة بنوعها تحديداً مجرداً وكذلك الجرائم المعينة بنوعها بعد ارتكابها فعلاً»>.

وقد قام قرار المحكمة الدستورية العليا في ذلك على الدعايم الآتي بيانه:

أولاً: أن تفسير النص للصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، مؤداه ألا تغسر عبارتها بما يخرجها عن معناها، أو يفصلها عن سياقها أو بما ينقض الأغراض المقصودة منها.

ثانياً: أنه إذا وضع اللفظ لمعنى واحد على سبيل الشمول والاستفراق، صار منصرفاً إلى كافة أفراده بغير حصر لهم. ومن ثم كان العلم دالاً على الشمول والاستفراق، ولا يخصص بغير دليل. وإذا كان ذلك تأويلاً غير مقبول. ويتمين بالتالي حمل كل نص تشريعي لفرع في صيغة عامة، على معنى الاستفراق، حتى يقوم للدليل جلياً على تخصيصها. وإذا كان لرئيس الجمهورية بمقتضى الفقرة الثانية محل التفسير، أن يحيل إلى المحاكم العسكرية أية جريمة نص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين، وكانت عبارة "أية جريمة" تدخل بموجبها دون تخصيص، وإطلاقها دون تعييد، على اتساعها لكل جريمة يقرر رئيس الجمهورية إحالتها إلى القضاء العسكري، فإن قصر سلطته في ذلك على الجرائم قبل ارتكابها والتي يحددها بالنظر إلى نوعها- دون غيرها من الجرائم التي يحددها بنواتها بعد وقوعها، يكون غير صحيح قانوناً.

ثالثاً: إذ يقرر رئيس الجمهورية -وفقاً للفقرة الثانية من المادة [٦]- إحالة جريمة أو جرائم بنواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها، ودرجة الخطورة المتصلة بها سواء بالنظر إلى موضوعها أو مرتكبيها، فإنه بذلك يزن كل حالة على حدة بما يناسبها، ويقرر الإحالة أو يخص بصره عنها على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة العامة في درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عدواناً عليها، أو يخل بحرياتهم انحرافاً عن ضوابطها.

رابعاً: أن انطباق نص الفقرة الثانية محل التفسير - على جريمة بذاتها تتحدد لمادتها ودرجة خطورتها بعد ارتكابها، أولى من سريانها على جرائم يحددها رئيس الجمهورية بالنظر إلى نوعها، فلا يكون إدراجها في قائمة تحصيلها، دالاً على ظروفها الشخصية، ولا كاشفاً عن الأوضاع التي تلاعبها.

خامساً: أن إعمال هذه المحكمة لمسلطتها في مجال التفسير التشريعي المنصوص عليها في المادة ٢٦ من قانونها، يقتضيها ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع. بل عليها أن تستظهرها وقفاً على كتبها، مستعينة في ذلك بالتطور التاريخي للنصوص القانونية التي تفسرها بتفسيراً تشريعياً، وكذلك بالأعمال التحضيرية التي سبقتها أو عاصرته.

وتقطع الأعمال التحضيرية للفقرة الثانية لهذا النص بأن إحالة قضايا معينة مما يدخل في اختصاص رئيس الجمهورية وفقاً لحكمها.

مبادئاً: أن الطبيعة الاستثنائية لنص تشريعي معين، لا تحيى -فى مجال تفسيره- وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانون هذه المحكمة- إهدار إرادة المشرع، أو الإعراض عن المقاصد التى ابتغاهما من وراء تقريره.

٦٠٩- وقد أثار هذا التفسير خلطاً كبيراً بين حقيقة مضمونه من جهة، ودستوريته من جهة ثانية.

ومرد هذا الخلط أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً لا يزيد على مجرد استخلاص إرادة المشرع فى شأنها، شأن التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا فى ذلك، شأن التفسير الصادر عن السلطة التشريعية إذا تبين لها خفاء بعض النصوص القانونية التى أقرتها وأبطلتها بالتالى على القائمين على تطبيقها^(١). فالتفسير التشريعي فى هاتين الحالتين، يتم بعدد من الخصائص أهمها.

١. أن هذا التفسير ليس بخصوصية قضائية تعكس بذاتها حدة التناقض بين مصالح أطرافها، ولا يتم الفصل فيها إلا على ضوء ضماناتها، وعن طريق القضاء إفراداً.

٢. أنه فيما خلا الشروط التى يفرضها قانون المحكمة الدستورية العليا اختصاصها فى مجال التفسير التشريعي -كذلك التى تتعلق بأهمية النصوص القانونية التى تتولى تفسيرها، وإثارتها خلافاً حول تطبيقها يقتضى تدخلها لضبط معانيها على ضوء إرادة المشرع توحيداً لمعناها- فإن المحكمة الدستورية العليا تحل محل السلطة التشريعية ذاتها فى مباشرتها لمهمتها هذه. وهى بذلك تلزم بضوابطها فى مجال هذا التفسير، فلا يكون تدخلها بالتفسير التشريعي تحريفاً للنصوص القانونية أو تحويراً لمقاصدها. وهى كذلك لا تقوم بهذا التفسير باعتباره مسألة أولية يقتضيها الفصل فى خصومة قضائية يناضل أطرافها من أجل تقرير

(١) انظر فى ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٨ قضائية "تفسير" جملة ٧ مايو ١٩٨٨ - قاعدة رقم ٣- ص ٣٨٤ وما بعدها من الجزء الرابع من مجموعة أحكامها. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا بعد تفسيرها للنص المطلوب تفسيره فى الطلب المرفوع إليها بذلك، عادت إلى الفصل فى دستورية هذا النص، وانتهت إلى رفض الطعن بعدم دستوريته، بما يفيد أنه إما كان مضمون للنص -سواء حده المشرع أو حددته المحكمة الدستورية العليا من خلال سلطتها فى التفسير التشريعي- فإن الطعن فى تطبيق هذا المضمون مع الدستور، يظل اختصاصاً ثابتاً للمحكمة الدستورية؛ انظر فى ذلك القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩١ -قاعدة رقم ٤٢- ص ٣٥١ من الجزء الرابع. وفيها بحثت المحكمة ما إذا كان النص الذى سبق لها تفسيره تفسيراً تشريعياً، بعد مخالفاً أو موافقاً للدستور.

الحقوق المدعى بها أو نفيها؛ وإن لم يتوخ هذا التفسير مجرد توحيد دلالة النصوص القانونية المضطربة معانيها، حتى يستقيم تطبيقها في مواجهة المخاطبين بها، فلا تعدد تأويلاتها:

٣. وإذا تحدد المحكمة الدستورية العليا من خلال التفسير التشريعي دلالة النصوص القانونية التي تفسرها، وكان قرارها بالتفسير يندمج في هذه النصوص؛ ويرتد إلى تاريخ العمل بها؛ فلا ينفصل عنها، وإنما يصير جزءاً منها، فلن تحوير قرار التفسير من خلال إعادة النظر فيه أو عن طريق إدخال عناصر جديدة عليه، يكون محظوراً، ذلك أن قرار التفسير يعتبر ملزماً لكل سلطة وللناس جميعهم.

٤. وإذا كان من المقرر قانوناً ألا تفسر النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً بما يمسحها، أو يفصلها عن موضوعها، أو يعجزها عن تحقيق الأغراض المقصودة منها؛ على تقدير أن المعاني التي تدل عليها النصوص -والتي لا يجوز تحريفها- هي التي تقصص عن حقيقة محتواها، وتدل على ما قصده المشرع منها، فقد صار أمراً مقضياً تقرير حقيقة قانونية مفادها أن طلب تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يستهض طلباً ضمنياً بتقرير صحتها أو مخالفتها للدستور. ذلك أن طلب التفسير الذي يقدم إلى المحكمة الدستورية العليا وفقاً لنص المادة ٢٦ من قانونها، لا يحولها غير استصفاء إرادة المشرع التي حمل عليها النصوص القانونية محل التفسير. وهي تستخلص هذه الإرادة بغير تقييم منها لأوجه اتفاق هذه النصوص أو معارضتها للدستور؛ وإنما لتعطي تلك للنصوص دلالتها وفق ما ابتغاه المشرع منها، سواء قصد المشرع بإقرارها مخالفة الدستور أو تنقيده بأحكامه، وسواء كان موقفه منها مجانباً للحق أو ملتزماً به، محايداً أو ملتوياً^(١).

بما مؤداه أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يعطل، أو يقيد مطلقتها في مجال الفصل في دستورية هذه النصوص ذاتها.

(١) انظر في ذلك طلب التفسير رقم ٢ لسنة ١٧ قضائية تفسير - جلسة ١٠/٢١/١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢-ص ٨٢١ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

ذلك أن التفسير التشريعي لتلك النصوص، لا يحدد غير مضامينها على ضوء إرادة المشرع ووفق مقاصده منها. وتحديد فحواها وأغراضها على هذا النحو، غير انفاذها أو مخالفتها للدستور. فالأمران مختلفان، بل هما نقيضان^(١).

وعلى هذا بالتالي أن نقرر، أن تفسير النصوص القانونية تفسيراً تشريعياً، لا يطهرها، لا من مثالبها الشكلية، ولا من عيوبها الموضوعية. وإنما يظل عوار مخالفتها للدستور كاملاً فيها، لا يتحول عنها.

ويظل بالتالي مطروحاً أمام المحكمة الدستورية العليا، أمر الفصل في دستورية الفتوة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، والمعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠.

٦١- والحقيقة القانونية التي لا نزاع فيها، هي مخالفة هذه الفقرة للدستور. وهي حقيقة لا ينال منها قضاء المحكمة العليا في الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٥ قضائية من أن الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، يرتبط تطبيقها بإعلان حالة الطوارئ الموقوتة بطبيعتها؛ وأن رئيس الجمهورية إذ يحيل إلى المحاكم العسكرية، جرائم القانون العام المنصوص عليها فيها؛ فلن قراره في ذلك يكون مجرد أداة لتنفيذ حكم هذه الفقرة التي لا ينتقص تطبيقها من الاختصاص المقرر قانوناً للمحاكم القانون العام بالفصل في هذه الجرائم ذاتها، ما دام هذا الاختصاص مخولاً كذلك للمحاكم العسكرية بنص له قوة القانون على ما تقدم؛ وطالما كان إعمال رئيس الجمهورية لسلطة الإحالة، إنما يتم تنفيذاً لهذا النص^٢.

(١) وخير شاهد على ما تقدم، ما تم في الطلب رقم ٢ لسنة ٨ قضائية، الذي قدم إلى المحكمة الدستورية العليا لتفسير نص المادة ٤٤ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية الصادر بالقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ تفسيراً تشريعياً. وما أن صدر هذا التفسير، حتى نعى المدعى في الدعوى الدستورية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية"، على هذه المادة ذاتها، مخالفتها للدستور. وقد قضى بقول: "كذا الطعن شكلاً ويرفضه موضوعاً. ولو كان التفسير التشريعي لنص المادة المطعون عليها في هذه القضية حائلاً دون تجريحها على أساس مخالفتها للدستور، لقضى بعدم قبول هذه الخصومة لاتصالها بالمحكمة الدستورية العليا بالمخالفة للأوضاع المقررة أمامها. القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائية "دستورية" جلسة ٤ مايو ١٩٩١ -قاعدة رقم ٤٢- ص ٣٥١ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) صدر الحكم في هذه الدعوى من المحكمة العليا -الأسبق وجوداً من المحكمة الدستورية العليا- في ٣ أبريل ١٩٧٦، ونشر في صفحة ٤٥٦ وما بعدها من الجزء الأول (مجموعة الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية) من القسم الأول من مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا الصادرة منذ إنشائها في ١٩٧٠ وحتى نوفمبر ١٩٧٦.

وظاهر مما تقدم، أن المحكمة العليا في القضية رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية؛ لم تناقش السلطة التي يحيل بها رئيس الجمهورية -عند إعلان حالة الطوارئ- كافة جرائم القانون العام إلى المحاكم العسكرية، إلا من زلوية بعينها، هي أنها مجرد أداة لتنفيذ نص قائم في قانون معمول به.

ولم تخض بذلك في مضمون هذه السلطة، أو نطقها، أو في الآثار القانونية التي ترتبها، لتقتصر في انتقالها أو تملزها من الدستور.

ومن ثم يكون حكمها مقصوراً على دائرة ضيقة، هي تلك التي تتعلق بالسلطة التي يحيل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، الجرائم المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة {٦} أنفة البيان. ومن ثم تتعلق هذه السلطة بنطاق اختصاص رئيس الجمهورية في شأن هذه الجرائم.

٦١١- وإذا كان الفصل في الاختصاص -وجوداً أو انقضاء- هو فصل في مطاع شكلية؛ وكان من المقرر في المطاع الشكلية، أنها لا تسقط للمطاع الموضوعية، ولا تبجها، ولكنها تتقدمها؛ فإن قضاء المحكمة العليا في شأن الاختصاص المقرر لرئيس الجمهورية بمقتضى هذه الفقرة، لا يعطل ولاية المحكمة الدستورية العليا في مجال التحقق من اتفاق السلطة التي يباشرها رئيس الجمهورية وفقاً لحكمها، مع نصوص الدستور في مادتها أو موضوعها.

فإذا استقام ما تقدم صحيحاً في الأذهان، وقام على سند من القانون، تعين أن نتحدد دستورية الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، من منظور النقاط الآتية بيانها:

١. أن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات -التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يحيلها إلى المحاكم العسكرية عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها- هي جرائم القانون العام، إذ هو إطارها والدائرة المنطقية لتنظيمها.

وإذا تدخلت الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، رئيس الجمهورية سلطة إحالتها كلها أو بعضها إلى غير قاضيتها الطبيعي، ممثلاً في المحاكم العسكرية، التي تتولى وحدها الفصل فيها بمجرد إحالتها إليها؛ فإن اختصاص هذه المحاكم يتحول من الدائرة المحدودة التي ينبغي أن ينحصر فيها، إلى اختصاص شامل يُحوّل حول الجرائم جميعها، ويسعها في كل أحوالها

وأواعها، بما يقيم تلك المحاكم كجهة قضائية وحيدة تفصل في كافة الجرائم المحالة إليها، وذلك لئلا كان موضوعها، أو أشخاص مرتكبيها.

٧. أن تفويض رئيس الجمهورية الحق في أن يحيل ما يراه من الجرائم إلى غير قضائياتها الطبيعيين، يجعل في ثنائها مخاطر إساءة استعمال السلطة؛ ويقوض كذلك قواعد الاختصاص التي يحدد المشرع بموجبها لكل هيئة قضائية ولايتها. ذلك أن الأصل هو ألا تتدخل ولايتان قضائيتان، ولا أن تتزاحما في موضوع واحد، ولا أن تنتزع جهة قضائية ولاية أثبتها المشرع لغيرها، وإلا كان ذلك عدواناً على استقلالها.

٣. غير صحيح ما قرره المحكمة العليا من أن نص الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها، يبقى محاكم القانون العام إلى جوار المحاكم العسكرية، ويجعل اختصاصهما بنظر جرائم القانون العام المنصوص عليها في هذه الفقرة، مشتركاً. غير صحيح ما تقدم. ذلك أن رئيس الجمهورية إذ يحيل هذه الجرائم كلها أو بعضها إلى المحاكم العسكرية، فذلك ليخصصها بها، بما يجعل الفصل فيها مقصوراً عليها.

ومن غير المنصور كذلك أن تتعاود ولايتان على محل واحد.

٤. أن قرار رئيس الجمهورية بإحالة الجرائم المنصوص عليها في الفقرة لثانية من المادة ٦ إلى المحاكم العسكرية، ليس مجرد أداة لتنفيذ حكمها. بل إسباغ لاختصاص نظر هذه الجرائم على تلك المحاكم. فلا يكون نقل هذا الاختصاص إليها، غير ولاية جديدة ومبتدأه يخلعها رئيس الجمهورية عليها، كي تبشرها بنفسها، وتحتجزها لحسابها.

ولا كذلك سلطة التنفيذ التي يقتصر مجال إعمالها على تفصيل أحكام أجملتها القوانين القائمة، بما ليس فيه من تعديل لها أو إعفاء من تطبيقها.

٥. أن السلطة التي يملكها رئيس الجمهورية بمقتضى هذه الفقرة، تتصل بولاية قضائية قائمة، وتنقل بعض جوانبها إلى جهة غيرها. وهو بذلك ينشئها للجهة الجديدة، ويقيما عليها ويختصها بها من خلال سلطة تقديرية مطلقة تتلخص مبدأ الخضوع للقانون بما يقوم عليه من نبذ كل أشكال التحكم على اختلافها.

٦. أن حالة الطوارئ في مصر، والتي يرتبط إعلانها باستعمال رئيس الجمهورية للسلطة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٦ آنفة البيان، تكاد أن تكون حالة دائمة يتحول بها اختصاص رئيس الجمهورية في نطقها، إلى سلطة لا انقطاع لها تتحدد بدايتها

بقرار رئيس الجمهورية إعلان الحالة للطوارئ. وهي حالة قلما ينهيهها لا هو، ولا السلطة التشريعية التي يلجأ إليها لمدّها. فلا يكون دوماً تلك الحالة غير الأصل فيها.

٧. القول بأن النظم العسكرية لها من إجراءاتها في التحقيق والمحاكمة ما يكفل سرعتها، ويدعم الأغراض المقصودة منها، مردود بأن للحق في التقاضي ومآثله وضماناته التي لا يجوز الإخلال بها. وكثيراً ما يكون عامل السرعة مدخلاً إلى محاكمة مختصرة فسي إجراءاتها، بما يناقض حقائق العدل التي لا يجوز التهورين منها. فضلاً عن أن الأصل في كل قاعدة إجرائية، أن يرتبط تطبيقها بمبرراتها المنطقية؛ وبملاءمتها لضمان حقوق أفضل للمتهمين جميعهم، وبكاملها مع غيرها من القواعد الإجرائية والموضوعية، لتقيم فسي مجموعها البنين المقبول للنظم القضائية جميعها، والجنائية منها على الأخص، بحكم اتصالها المباشر بالحرية للشخصية.

٨. أن تحويل النظم القضائية القائمة من خلال نقل جرائم القانون العام من الجهة التي تختص أصلاً بنظرها، إلى المحاكم العسكرية التي لها من جهاتها، وأوضاع تشكيل قضاتها، وقسوتها، وإجراءاتها التحكيمية، وضماناتها المبتسرة، ما يحيط المحاكمة الجنائية أمامها بمخاطر كبيرة قلما ينجو المتهمون منها، وتخرج بها عن صميم مهامها.

٩. أن المواطنين الذين ينتزعون من قضائهم الطبيعيين، يولجّهون ميل المحاكم العسكرية إلى التضيق من ضماناتهم القضائية، وعلى الأخص ما تعلق منها بالحق في اختيار محامين يساندونهم في كافة مراحل التحقيق، وينبهونهم إلى كيفية تصرفهم أثناء جريانه، ويصبرونهم بحقيقة الأكلة المتوافرة ضدهم وما ينبغي أن يقدم من الأوراق والشهود لحضنها.

وحتى مع وجود هذه الضمانة، فإن المحامين كثيراً ما يردون عنها من خلال الأجل القصيرة التي يؤذن لهم فيها بقراءة أوراق التحقيق.

٦١٢- ومن هذه الزاوية، كان حرص المحكمة الدستورية العليا على أن تضمن قرارها الصادر في طلب التفسير رقم ١ لسنة ٥ قضائية، العبارة الآتي نصها:

"إن رئيس الجمهورية إذ يحيل - وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية- جريمة يعينها أو جرائم بذواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها ودرجة خطورتها، سواء في موضوعها أو بالنظر إلى مرتكبيها، فإنما يزن كل حالة على حده بما يناسبها، ويقرر إحالتها أو بغض نظره عنها على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة

العامة في درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عنواناً عليها، أو يخل بحرياتهم
أحرافاً عن ضماناتها^(١).

وهذه الحثية التي أوردتها المحكمة الدستورية العليا في طلب التفسير المذكور، وإن لم يكن لها شأن باستخلاص إرادة المشرع وقفاً على كنهها، لتحدد على ضوءها مضمون النصوص القانونية محل التفسير؛ إلا أن المحكمة الدستورية العليا ما سطرها لهواً، ولكنها قصدها لتدعو رئيس الجمهورية إلى ما يأتي: ما ينبغي أن يأخذ في حسابه عند إعمال الفقرة الثانية من المادة ٦ المشار إليها.

أولاً: أن يحيل إلى المحاكم العسكرية، الجريمة أو الجرائم التي يقر خطورتها بعد إعلان حالة الطوارئ، على ضوء مقاييس موضوعية يستهض بها الحقائق المؤدية جميعها، ويوازن منهجياً بين كافة عناصرها، لينحل كافة مكوناتها في اعتبار.

ثانياً: أن يكون دفعه إلى إحالة الجريمة أو الجرائم التي يعينها على ضوء خصائصها، منحصراً في المصلحة العامة في درجاتها العليا؛ وبما لا إخلال فيه بحقوق المواطنين انتهاكاً لها، أو بحرياتهم أحرافاً عنها.

ثالثاً: أن تدير المشرع لضوابط الولاية التي يعطى على ضوءها لكل جهة قضائية نصيبها من القضايا التي يخصها بها، ويكلفها الفصل فيها؛ غير تدير رئيس الجمهورية لتحويل قواعد هذه الولاية بما يحل من نطاقها أو يخرجها عن طبيعتها.

ذلك أن التدير في الحالة الأولى لا يكون أصلاً إلا موضوعياً. بينما توجهه العوامل الشخصية في الصورة الثانية، وهي عوامل كثيراً ما تقود إلى التحكم.

رابعاً: ولئن كان الدستور قد فوض المشرع في أن يحدد للنظم العسكرية ملاحها التي يدرج تحتها نطاق سرياتها، وصلتها بالخاضعين لها، وحقوقهم قبلها، وأنماط الجرائم التي تولجها بما يحيط بأركانها وبأجزاء عليها؛ وكان ما يتوخاه المشرع من هذا التنظيم، هو أن تكتل عناصره جميعها؛ إلا أن القواعد التي يقوم عليها، والقيم الأيدلوجية التي يصدر عنها، لا يجوز أن تطل بالحرية الشخصية في غير ضرورة، ولا بحقائق العلل في متطلباتها الأمر. وأخصها أن المدنيين يخرجون أصلاً عن النظم العسكرية، فلا تشملهم مفرداتها، ولا الأغراض التي تستهدفها؛ إذ هم غريباء عنها، فلا تجوز ملاحظتهم بها، أو إخضاعهم لها.

(١) ص ٤٢٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

خامساً: أن الذين يجلبون إلى المحاكم العسكرية هم الذين يرتبطون حقيقة بالنظم العسكرية، فإذا لم تكن لهم صلة بها، أو قام الدليل على انقطاع هذه الصلة بعد سبق توافرها، لم يعد لتطبيق هذه النظم عليهم من محل^(١).

سادساً: وما قرئناه في شأن ما يحيله رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية من الجرائم عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، يصديق كذلك -وبالقوة ذاتها- على فقرتها الأولى التي تقرر سريان قانون الأحكام العسكرية على الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وما يرتبط بها من جرائم، إذا أحالها رئيس الجمهورية إلى القضاء العسكري.

ذلك أن هاتين الفقرتين، وإن اختلفتا في أن فقرتها الأولى لا تخول رئيس الجمهورية غير إحالة جرائم أمن الدولة -دون غيرها- إلى المحاكم العسكرية، ولا تقيده في ذلك بزمان دون آخر؛ وكانت فقرتها الثانية تجعل من حالة الطوارئ قيلاً زمنياً على مباشرة رئيس الجمهورية لسلطته في إحالة جرائم القانون العام المنصوص عليها فيها إلى هذه المحاكم؛ إلا أن هاتين الفقرتين تنقلان في تخويلهما رأس الجمهورية سلطة إخراج بعض الجرائم من دائرة القانون العام، لإحيل جناتها إلى المحاكم العسكرية التي تخضعهم لنظمها.

ولئن جاز القول بأن للجرائم التي تخل بأمن الدولة -داخلها أو خارجها- خطرها، إلا أن مجرد خطورة الجريمة لا يربطها بالنظم العسكرية، التي تفرض إخلالاً مباشراً بالركائز التي تقوم هذه النظم عليها، وبالمصالح التي تحميها، والتي لا يندرج تحتها جرائم يحكمها القانون العام.

ولئن جاز أن ننظم قوانين خاصة جانباً من جرائم القانون العام بما يجعلها ملحقه بهذا القانون أو مكمله لأحكامه، فلا تتفصل عن إطاره؛ إلا أن النظم العسكرية لها خصائصها المتفردة التي تخرجها في كثير من أجزائها عن ضوابط القانون العام، فلا تعمل فسى إطار المفاهيم التي يحتملها هذا القانون. وإنما تكون لهذه النظم ذاتيتها وقواعدها الاستثنائية التي يتعين أن ينحصر تطبيقها في حدود ضيقة ترتبط عقلاً بأهدافها.

سابعاً: وكما أفرط المشرع في تحديد دائرة الجرائم التي تشملها النظم العسكرية، كان ذلك انحرافاً من المشرع عن حقيقة الأغراض التي ينبغي أن تتوخاها، وتحويراً لهذه النظم من

(١) Toth v. Quarles 350 U.S. 11 (1955).

طبيعتها الاستثنائية، إلى أصل يهيمن على الجزائم في كثير من صورها، حتى تلك التي تدخل في المجال الطبيعى لدائرة القاتون العلم؛ وهو ما لا يجوز أو يفتقر^(١).

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١١ لسنة ١١ قضائية "تتزعج المحكوم فيها بجلسة ٤ مايو سنة ١٩٩١ ما يلقى:

"من المقرر- عملاً بالمادة الخامسة عشر من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢- أن القضاء العادى هو الأصل، والمحاكم العادية هي المختصة بنظر جميع الدعاوى الناشئة عن أفعال مكونة لجريمة وفقاً لقانون العقوبات -وهو القانون العلم- أيضاً كان شخص مرتكبها. في حين أن المحاكم العسكرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص قضائى استثنائى منطلقة إما شخص مرتكبها على أساس صفة معينة تولفت فيه على نحو الحالات المبينة بالمادة الرابعة من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦، أو خصوصية الجرائم وفق الأحوال المبينة بالمادة الخامسة من ذات القانون".

أنظر في ذلك من ٥٨٨ من الجزء الرابع من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا.

المبحث السادس المخاطبون بالنظم العسكرية

٦١٣- يتحدد اختصاص المحاكم العسكرية من جهتين:

أولاهما: خصائص الجرائم التي ينبغي أن تدخل في ولايتها من جهة، و**ثانيتهما:** صفة مرتكبيها.

ذلك أن هذه المحاكم لا تنتظر إلا في جرائم عسكرية بطبيعتها، كالجرائم المرتبطة بالعدو؛ وجرائم العصيان؛ وجرائم تعطيل أسلحة القوات المسلحة ومعداتها، أو إطلاقها أو ذهابها؛ وجرائم الاعتداء على القادة والرؤساء؛ وجرائم إساءة استعمال السلطة والامتناع عن التقيد بالأوامر وإطاعتها.

ولا شأن لتلك المحاكم كذلك بجرائم أتاها أشخاص لا تخضعهم النظم العسكرية لأحكامها، أيا كانت طبيعة هذه الجرائم أو خصائصها.

٦١٤- وقد عرض قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لهاتين الزاويتين، وذلك بأن بين الجرائم العسكرية، وحدد أركانها في المواد من ١٣٠ إلى ١٦٧ من هذا القانون؛ وعين المخاطبين بأحكامه في المواد ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٨ مكرراً؛ وإن كانت مادته الرابعة هي التي تحدد بطريقة أعرض وأشمل، المخاطبين بالنظم العسكرية، إذ جاء نصها معرفاً بهم على النحو الآتي:

١. ضباط القوات المسلحة للرئيسية والفرعية والإضافية.

٢. ضباط صفها وجنودها عموماً.

٣. طلبة المدارس والمعاهد والكليات العسكرية، والمراكز للتدريبية المهنية.

٤. المأمورين في الحروب.

٥. أية قوات عسكرية بأمر رئيس الجمهورية بتشكيلها ويعهد إليها بأداء خدمة عامة أو خاصة أو وقتية.

٦. عسكريو القوات الحليفة والملحقون بهم، إذا كانوا يقيمون في إقليم الجمهورية، ما لم تنص معاهدة أو اتفاقية خاصة أو دولية بخير ذلك.

٧. الملحقون بالسكربين أثناء خدمة الميدان، وهم كل مدنى يعمل فى وزارة الحربية، أو فى خدمة القوات المسلحة بأية صورة.

٦١٥- وهذا الفرع من المشمولين بقاتلون الأحكام العسكرية، يمتكون أكثر المخاطبين به عددا. ومنهم من يعتبر أصيلاً فى القوات المسلحة، متولياً وظيفة دائمة بها، كالضباط الذين يلحقون بأفرعها المختلفة، ويستبرون من كولرها بعد تخرجهم ممن كليتهم أو معاهدهم العسكرية؛ ومنهم من يرقى إلى مرتبة القادة الذين يخططون لعملياتها الحربية ويديرونها. وإلى جانبهم فى القوات المسلحة، يأتى ضباط صفها، الذين يديرون جنودها ويشرفون عليهم بصفة مباشرة.

ثم تأتى القاعدة الأعرض للقوات المسلحة. وهؤلاء هم جنودها الذين يندرجون فى صفوفها لاستيفاء خدمتهم الإلزامية بها للمدة التى يحددها المشرع. ومن ثم تؤول خدمتهم هذه إلى زوال بعد انتهاء زمنها. وهم ينقلون بعد انقضائها إلى الاحتياط، ما لم تستدعهم القوات المسلحة من جديد لخدمتها فى أغراض شتى يندرج تحتها تطوير تدريبهم؛ أو استكمال عناصر وحداتها، أو تعبئتهم للقتال؛ أو حشدهم عند إعلان حالة الطوارئ.

ويلحق بهؤلاء وهؤلاء:

٨. كل قوة مسلحة يشكلها رئيس الجمهورية ويكلفها بعمل معين، ولو لزم من محود، كما لو بثها للقضاء على تمرد أو عصيان دخلت شديد الخطر.

٩. كل قوة مسلحة تأتى من دولة أجنبية لتقيم فى مصر بوصفها قوة حليفة تظاهر جيشها، وتقدم عونها لدعم جهوده الحربية، وكذلك المدنيين الذين يلحقون بها.

وتنظم المعاهدة أو الاتفاقية الدولية أو الخاصة لأوضاع القوة الأجنبية الموجودة فى مصر، وعلى الأخص فيما يتعلق بالمسؤولية للشخصية لأفرادها عن الجرائم التى يرتكبوها فى

إقليمها؛ وإن كان الأصل هو محاسبتهم عنها أمام السلطة الإقليمية، ما لم تعفهم المعاهدة صراحة من الخضوع لها^(١).

١٠. المندوبون أثناء خدمة الميدان، سواء أعتاقوا قواتهم المسلحة بطريق غير مباشر من خلال عملهم لصالحها في وزارة الدفاع؛ أم كانوا من المرافقين لها الذين يسهمون بطريق مباشر في عملياتها الحربية. كالأطباء الذين يمدون جرحاها ومرضاها، والمهندسين الذين يلصبون لها المعابر التي تحتجزها.

ذلك أن هؤلاء وهؤلاء، يستقون قواتهم المسلحة أو يعيشونها من خلال أعمال يودونها لمصلحتها.

١١. أسرى الحرب^(٢) وهؤلاء تنظم أوضاعهم اتفاقية جنيف في ١٢/٨/١٩٤٨ بشأن قواعد معاملتهم، والتي تعتبر مصر طرفا فيها، وتتخذ بالتالي بأحكامها التي تقوم في جوهرها على ما يأتي:

(١) وقد عرضت المحكمة الدستورية العليا لنزاع يتعلق بدستورية اتفاقية تنظيم إقامة الجيوش الحربية في البلد الذي تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه، التي وافق عليها مجلس الدفاع المشترك فسي جامعة الدول العربية في ١١ سبتمبر ١٩٦٥، والتي تقضى بخضوع أعضاء القوات الحليفة أصلا للولاية المطلقة لتضامهم الوطني بالنسبة للجرالم التي يرتكبوها على إقليم الدولة المضيفة؛ وبعدم خضوعهم لولاية القضاء المدني، أو لأية إجراءات أخرى في هذه الدولة؛ وبأن تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم وبين الغير حول الالتزامات التعاقدية أو حول الأضرار التي تلحق بالأشخاص أو الأموال - بصفة عامة - هيئة يشكلها الأمين العام لجامعة الدول العربية.

وكان مبنى الطعن عليها بعدم الدستورية، حجبها القضاء المصري عن نظر كافة المنازعات التي تنشأ بين القوات الحليفة والمصريين. وقد ردت المحكمة على هذا الطعن بقولها بأن هذه الاتفاقية أبرمت - في إطار جامعة الدول العربية - لتنظيم لأوضاع الدفاع المشترك بين هذه الدول، وذلك بعد إنشاء قيادة عربية موحدة لقواتها العسكرية، وما يقتضيه ذلك من تنظيم إقامة هذه القوات في البلد الذي تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه. وإذا وافقت مصر على هذه الاتفاقية بهدف الحفاظ على كيان الدولة واستجابة لمقتضيات سلامتها وأمنها الخارجي، فلها تد من المسائل المتصلة بعلاقاتها الدولية، وتقتضيها السياسة العليا للبلاد، وتخرج ضمن أعمال السيادة التي ينبغي أن تنحصر عنها الرقابة القضائية الدستورية. ومن ثم يتعين الحكم بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى.

[انظر في ذلك القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضاية دستورية - جلسة ٢١ يناير ١٩٨٤ - قاعدة رقم ٢ - ص ٢٢ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا].

(٢) تنص المادة الثالثة من القانون الأمريكي الموحد للعدالة الجنائية Uniform Code of Military Justice على أن تبشر المحاكم العسكرية ولايتها على الأشخاص الخاضعين لهذا القانون، ومن بينهم -

وعلى ما ورد في البلد ٩ من هذه المادة، أسرى الحرب المحتجزون لدى القوات المسلحة.

Prisoners of war in custody of the armed forces.

أولاً : أن تراعى الدولة الحاجة فيما تتخذه قبلهم من تدابير قضائية أو تأديبية -على ما تنص عليه المادة ٨٣ من الاتفاقية- أكبر قدر من التسامح، وبشروط أن تتقدم إجراءاتها التأديبية قراراتها القضائية، كلما كان ذلك ممكناً.

وهم يحاكمون -وعلا بنص المادة ٨٤ من هذه الاتفاقية- عن جرائمهم أمام المحاكم العسكرية للدولة الحاجة، ما لم ترخص تشريعاتها لأفراد قواتها المسلحة بالمثل أمام محاكمها المدنية عن الجرائم ذاتها التي يلاحق لسير الحرب قضائياً بسببها.

ثانياً : أن تتوفر دوماً في المحكمة العسكرية التي تحاسبهم عن الجرائم التي يرتكبوها، ضمانات استقلالها وحيديتها، ودون إخلال بحقوق ووسائل الدفاع المنصوص عليها في المادة ١٠٥ من الاتفاقية المذكورة.

ثالثاً : أن تراعى محاكم الدولة الحاجة عند تحديد العقوبة -لأبعد حد ممكن- أن المتهم ليس من رعاياها، وغير ملزم بالتألي بالولاء لها.

٦١٦- وقد ألحق قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، طلبة المدارس والكلية الحربية، وكذلك طلبة المراكز المهنية التدريبية، بالعسكريين. وهو ما نواه محل نظر.

ذلك أن هؤلاء لا يعتبرون من ضباط القوات المسلحة إلا بعد تخرجهم من هذه المعاهد أو المراكز. ويعتقون من الطلبة طوال مدة دراستهم التي قد يتمونها، أو تقصر جهودهم عن الانتهاء منها. ولا يختلفون بالتالي في مراكزهم القانونية عن طلبة المعاهد العلمية المدنية التي تقابل كلياتهم ومعاهدهم.

وليس من شأن طبيعة برامجهم التعليمية واختلافها في نوعها عما يتلقاه الطلبة في المعاهد المدنية النظرية، أن تميز بين هؤلاء وهؤلاء في نوع أو نطاق الولاية القضائية التي يخضعون لها. ذلك أن محاكم القانون العام هي التي تشملهم بولايتها وتبسطها عليهم.

وهو ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٢٢٤ لسنة ١٩ قضائية^(١) التي بين من تقاريرها ما يأتي:

(١) صدر هذا الحكم في ٢٠٠٠/٩/٩ وقد نشر في ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

أولاً : أن طلبية الكليات والمعاهد العسكرية لا يلندرجون قبل تخرجهم منها ضمن الضباط العاملين في القوات المسلحة.

ثانياً : أن منازعاتهم التي تتوخى إلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة في شأنهم عن مجالس هذه الكليات والمعاهد، تدخل أصلاً في اختصاص محاكم مجلس الدولة باعتباره قاضى القانون العام في المنازعات الإدارية والتأديبية على ما تنص عليه المادة ١٧٢ من الدستور.

ثالثاً : أن نقل الولاية القضائية من قاضيه الطبيعى، لا يجوز إلا في أحوال استثنائية تكون الضرورة الملحة هي مدخلها؛ وصلتها بالمصلحة العامة على أوثق روابطها- مقطوعاً بها؛ ومبرراتها الحتمية لا شبهة فيها.

رابعاً : أن طلبية المعاهد والكليات العسكرية لا يختلفون في مراكزهم القانونية عن طلبية المعاهد المدنية التابعة لوزارة التعليم العالى. ولا يجوز بالتالى نقل الولاية القضائية في شأن منازعاتهم الإدارية من محاكم مجلس الدولة إلى جهة غيرها.

٦١٧- ويظل ثابتاً سريان النظم العسكرية في شأن الأشخاص الذين يشكلون وحدة منظمة في القوات المسلحة بما يلحقهم بها ويحطهم من أفرادها، شأن هؤلاء الذين ينتظرون خروجهم منها بعد انتهاء خدمتهم الإلزامية فيها؛ وشأن المتطوعين في القوات المسلحة منذ قبولهم بها؛ وكذلك الذين تطلبهم للعمل فيها منذ طلبهم؛ والذين يستدعون قانوناً للالتحاق فيها منذ دعوتهم ووفقاً لشروطها؛ والذين ما زلوا في فترة الاختبار بها قبل تثبيتهم فيها؛ والمودعين في سجونها تنفيذاً لعقوبة محكوم عليهم بها؛ والمأسورين في عملياتها الحربية طوال مدة احتجازهم لديها؛ والذين يصحبونها إلى قاعدة حربية فيما وراء حدود الولاية الوطنية أو يوجدون في محيط هذه القاعدة؛ سواء استأجرتها القوات المسلحة بمقتضى معاهدة دولية، أو احتجزتها لنفسها بالقوة من خلال سيطرتها عليها.

المبحث السابع

خصائص النظم العسكرية وأهدافها

٦١٨- تحدد النظم العسكرية، الأشخاص الذين تشملهم بأحكامها، وتعتبرهم من العسكريين الذين لا يحاكمون وفقا لهذه النظم إلا عن جرائم بذلتها لها خصائصها، والتي تكفل عقوباتها ردع مرتكبيها، وضمان المصالح المباشرة للقوات المسلحة مما أقام لهذه النظم قانونها الخاص، وجعل سرياتها ولجبا ولو في زمن السلم.

وتجاوز الأغراض التي تستهدفها هذه النظم مجرد إيقاع صور للجزاء التي عينتها على المخالفين لأوامرها.

ويعتبر الدستور كذلك مصدرا مباشرا له يكفل شرعيتها؛ في الحدود المنصوص عليها فيه، والتي يندرج تحتها أن لرئيس الجمهورية وفقا لنص المادة ١٥٠ من الدستور، أن يتخذ ما يراه من التدابير التي توفر للجيش معداتها وتجهيزاتها، كي تنهيا لها أفضل القوص لأداء مهامها القتالية على الوجه الأكمل، إذ هو قائدما الأعلى والأمين على إعدادها للقتال.

وكما يختص رئيس الجمهورية بالدخول في كل معاهدة دولية بقدر ضرورتها لمصون مصالحها، ولو في بعض جوانبها، كذلك التي تقم تحالفا وفقا لنص المادة ١٥١ من الدستور، بين مصر وغيرها من الدول؛ فإن على المشرع - عملا بنص المادة ١٨٠ من الدستور - أن يعمل على ضمان وفاء القوات المسلحة بواجباتها، وعلى الأخص ما تعلق منها بأمن الوطن وضمان وحدته الإقليمية ورد المخاطر التي قد يتعرض لها من خلال غزو خارجي.

ولرئيس الجمهورية كذلك - من خلال مجلس الدفاع القومي المنصوص عليه في المادة ١٨٢ من الدستور - النظر في كافة للشئون ذات الصلة بأغراض الدفاع عن مصر وتأمينها من المخاطر.

وهذه المواد جميعها، يجمعها سحرها لضمان آلية مقكرة تكفل للقوات المسلحة بلوغ أهدافها بأفضل الوسائل، وبما يكفل تحقيق تماسكها وفرض السيطرة عليها، وتأهيلها لخوض معاركها.

ومن ثم كان منطقيا أن يفوض الدستور المشرع في بناء المحاكم العسكرية، وتحديد اختصاصاتها، وتعيين صور الجزاء التي توقعها عن الجرائم التي تنبسط عليها ولايتها، على أن يكون ذلك - على ما تنص عليه المادة ١٨٣ من الدستور - في حدود مبادئ الدستور التي

لا يجوز تقرير حكم على خلافتها، ولو كان ذلك في إطار النظم الاستثنائية في جواربها المختلفة.

٦١٩- غير أن النظم العسكرية، وإن كان بحكمها قانون خاص يحيط بها؛ إلا أن هذا القانون لا ينفصل عن غيره من القوانين، ولا يعمل في فراغ Legal vacuum، إذ يدخل في إطار منظومة قانونية متكاملة لها من عموم مبادئها، ما يربط بين أجزائها، وعلى الأخص في نطاق مفاهيم النظم الجنائية التي تقوم أصلاً على أن البراءة تفترض، وأن نقضها لا يكون إلا من خلال اقتناع قضائي لا تدلّ عليه شبهة لها أساسها.

٦٢٠- ولما كان مضمون النظم القانونية، فإن حقائق العدل ومعطياتها تحيط كذلك بالقواعد المصممة بها في مجال تفسير أحكامها. ويندرج تحتها أن كل كلمة أو عبارة أوردتها قانون ينظم الشؤون العسكرية، إنما يؤخذ بها في سياقها؛ وأن إطلاقها لا يتقيد بغير دليل، وتخصيصها لا يكون بغير قرينة تصرفها عن عموم معناها؛ وأن فهم العبارة أو الكلمة في القوانين العسكرية يكون أصلاً بمقابلتها بما يماثلها في غيرها من القوانين، ما لم تعطها النظم العسكرية لها معنى آخر يلتزم وطبيعة هذه النظم، أو يكفل بصورة أدق تحقيق أغراضها. وتعتبر المسائل التي لا حكم فيها، مسكونة عنها لتتضمنها القواعد الكلية التي توحد بين القوانين في عموم مفاهيمها ومبادئها.

وحتى في النظم الاستثنائية، فإن حقوق المواطنين وحرياتهم وضماناتها، إنما تتحدد على ضوء القيم التي تحتضنها الدستور. ذلك أن النظم القانونية جميعها، يحكمها الدستور ويحتويها. والمواطنون أطرافها بغض النظر عن مواقعهم في مجال تطبيقها. وصفتهم هذه توأمتهم أينما حلوا، وإليها تعود حقوقهم وحرياتهم في جنورها.

٦٢١- ويتعين بالتالي للتوفيق بين النظم القانونية في البلد الواحد لتحقيق أغراض أهمها:

أولاً: ألا تناقض ركائزها الأساسية بما يشوهها ويعوق تكاملها، لتظهر كنظم متفرقة لا رباط بينها.

ثانياً: أن تمثل هذه النظم في مجموعها، حصيد القواعد القانونية القائمة Corpus juris التي لا تتهاشم فيما بينها، وإنما تتداخل، وعلى الأكل من خلال اجتهادات قضائية وفقهاء تضم عناصر هذه النظم إلى بعضها، وتبين الخطوط الرئيسية التي تطلها، لتكفل في نهاية المطافها

الوحدة الواجبة للتنظيم القانوني في الدولة، وعلى الأخص من ناحية المفاهيم الإجمالية التي تقوم عليها.

ثالثاً : ألا تصدر النظم القانونية على اختلافها من فراغ أو باعتبارها هائلة في فضاء عريض. إذ تنور حول تنظيم حقوق المواطنين وحريتهم -لا بوصفها من القيم المجردة التي يصوغها المشرع في نصوص قانونية لأغراض مثالية- وإنما لتعيش ولقعا من خلال توازن يتحقق بين ضرورة ضمانها لأصحابها، وبين الحق في فرض بعض القيود عليها لضمان حقوق الآخرين.

وتكفل قاعدتان هذا التوازن وتكاملان فيما بينهما، أولاهما : أن النظراء يتكافلون في الحقوق.

ثانيتهما : أن القيود على الحقوق مدخلها الوسائل القانونية للمصلحة العامة The due process of law حتى لا يحرم أحد من حريته، ولا من الأموال التي يملكها، ولا من الحق في الحياة، دون مقتضى.

وهاتان القاعدتان الغائرتان في النظم القانونية جميعها، تبدوان أكثر أهمية في مجال تطبيقهما في النظم العسكرية التي تتضاءل في إطارها حقوق المتبعين قبلها. ذلك أن النظم العسكرية تحمل معها جهامتها وتقاليدها وأعرافها. ولا تتفصل كذلك عن أغراضها في تحقيق أقصى درجة من الردع لضمان المصالح التي ترتبط بها هذه النظم، والتي تظل -في محورها وأغراضها- نظاماً قانونية تتواصل مع غيرها من النظم القائمة في البلد الواحد، وتتأبى بالتالي على إطلاق المطلقة أو إساءة استعمالها.

المبحث الثامن

على السلطة المدنية على السلطة العسكرية

٦٢٢- وصار لازماً أن تكون القواعد الكلية التي يتضمنها الدستور، حدا للنظم العسكرية؛ وأن ترتبط قوة الجيوش بخضوعها للقانون، وبطو السلطة المدنية عليها، وتلقاها لتعليماتها منها.

ذلك أنه وإن جاز القول بأن الجيوش لا يجوز إعلانها ولا إضعافها بما يوهن عزائم رجالها من خلال قيود تنال من قدرتها على مواجهة المخاطر التي تطرأ لها سواء أثناء الأعمال الحربية، أو عند إعلان حالة الخطر العام أو الحصار L'Etat de siège؛ وأن السلطة القضائية كثيراً ما تتردد في أن تستخلص بنفسها ضوابط تقيد بها الجيوش في حركاتها وفعاليتها؛ وأن التدخل في مهامها قد لا يكون مقبولا حتى من الجماهير التي تنظر إلى قواتها المسلحة كصمام أمن يحفظ للبلاد تربها وعرضها؛ إلا أن النظم العسكرية تظل مقيدة بالإطار العام لحقوق المواطنين وحرياتهم.

فإن هي اجتاحتها، أو هددتها بصورة خطيرة، كان ذلك منها علواً على السلطة المدنية التي يفترض خضوعها لها، مجاوزاً كذلك حكم الضرورة التي تكفل لهذه النظم طبيعتها الاستثنائية التي تخرج بها بصفة جزئية من إطار قواعد القانون العام، وعلى الأخص في مجال العدالة الجنائية التي يندبها من أهدافها ضمانها للحد الأدنى من حقوق المواطنين حتى في مواجهة النظم العسكرية؛ وبما لا يخل بضرورة رد المخاطر المتعاطمة التي تتعرض لها الجيوش في مناطق التوتر ويؤثر الصراع.

وهي مخاطر تتبين في شدتها؛ ويتعذر دفعها إذا تهاون الجند في واجباتهم أو أدأروا ظهورهم لها، نكولا عنها، أو تهربا منها. ومن ثم كان الحزم والمياداة بقوة الردع قرين للنظم العسكرية، ومن سماتها الرئيسية.

وصح القول بالتالي بأن للنظم العسكرية خصائصها التي لا تقوم على افتراض استصحابها للحقوق المدنية بكامل عناصرها، وأن احتياجاتها وضرورتها ينبغي أخذها في الاعتبار، فلا تسقطها السلطة القضائية من حسابها؛ وأن تطبيق شرط الوسائل للقانونية السلمية في هذه النظم، لا يجوز أن يكون صارماً؛ ولا محددًا وفق قواعد جامدة لا تريم تلك النظم عنها، أو تنحصر فيها، أو تتخلق عليها.

وإنما يكون إعمال هذا الشرط مرنا كفلًا حدًا أدنى من الحقوق التي لا يتصور أن تتجرد المواثيق الدولية والوطنية منها، لتفرض هذه الحقوق نفسها على الأخص في إطار العدالة الجنائية التي لا يجوز أن تختل مقوماتها الرئيسية تبعًا لطبيعة النظم التي تقيمها، وعلى الأمل في مجال عرض الاتهام الجنائي والفصل فيه بطريقة منصفة لا عوج فيها.

Fundamental fairness.

وبإذ كان من المقرر أن للنظم العسكرية احتياجاتها التي تتباين درجة شدتها على ضموه الأوضاع التي تحيط بزمن طرونها؛ وفي إطار نوع الضغوط التي تفرض نفسها على القائمين على تطبيقها؛ فإن قدر ضمانها للحقوق المدنية التي يطلبها المخابراتيون بها، يكون كذلك متفاوتًا. ذلك أن هذه النظم تكفل فعاليتها من خلال مرونتها. وما تنقيد به من الحقوق، إنما يتحدد مداه على ضموه الأوضاع التي تقارن تطبيقها.

وبقدر حدة الضغوط التي توجهها، يزداد اتساع التدابير التي تقابلها، وتتحرر -على الأمل في بعض جوانبها- من قيود القانون العام، وبما لا يخل بضماناته الجوهرية، وأهمها أن النظم جميعها -رأياً كان نوعها أو مصدرها في نصوص الدستور التي تؤسسها- لا يجوز أن تفصل في اتهام جنائي مطروح عليها، في غير إطار النظم الاختصاصي للعدالة الجنائية.

بما مؤداه ضرورة أن يحاط المتهم بحقيقة الاتهام، وبالعناصر التي يقوم عليها، وبالقرائن التي تؤيده؛ وأن يكون الفصل فيه من قبل هيئة قضائية لها من استقلالها وحدتها ما يؤكد نزاهتها وانصرافها عن الأهواء ورغائنها؛ ومن القواعد القانونية الإجرائية والموضوعية التي تطبقها، ما يدل على إنصافها؛ ومن الحقوق التي تكفلها للدفاع ما يرجح موضوعيتها ويعزز فعاليتها؛ ومن الحق في مواجهة التهمة وإصاح أدلتها، ما يعادل في إطار الخصومة الجنائية بين مراكز أطرافها؛ ومن الحق في الطعن في الحكم القضائي -ولو صدر من محكمة عسكرية- أمام المحكمة الأعلى في النظم المدنية؛ ما يقطع بطل هذه النظم عليها وخضوعها لسلطانها.

يؤيد ما تقدم أن حققنا للعدل لا يتصور أن تتبدل فيما بين النظم القانونية المختلفة تبعًا لطبيعة كل منها.

إذ ليس للعدل غير مفاهيم موحدة تفرض نفسها على كافة النظم القانونية أياً كان محتواها. وتحريفها أو إسقاطها ليس فقط مجرد وهم لا يجوز تصوره، وإنما هو كذلك إساءة لاستعمال السلطة بما يخرجها عن مشروعيتها.

المبحث التاسع التطبيق العملي للنظم العسكرية

٦٢٣- وما نراه في كثير من القضايا التي تواجهها المحاكم العسكرية، أن أخطاء جوهرية تشوبها تضر بمركز المتهمين أمامها؛ وتكاد أن تحيل حقوقهم قبلها إلى الضياع.

ومرد ذلك إلى انصرافها أحياناً عن تطبيق القواعد الآمرة التي ألزمها المشرع بها؛ وإلى خروجها دوماً على القيم التي احتضنها الدستور، وهي قيم يستحيل حصرها في قائمة واحدة تحيط بها بالنظر إلى تطور هذه القيم في مفاهيمها، وتسلخ خطأها على ضوء الأوضاع المتغيرة في الجماعة.

فلا تكون هذه القيم في تطورها وتبدلها، غير ضمان لصمود الدستور عبر أجيال متعاقبة يلاحق بعضها البعض، ولكل منها مطالبها وآمالها، بما يحتم تفسير الدستور على ضوء القيم القائمة حتى يظل الدستور حياً فلا ينكسر.

ومن ثم تعامل القيم التي فرضتها الجماعة إطاراً للشرعية الدستورية، بوصفها القاعدة الأعلى التي لا تتفصل حقوق المتهمين عنها، والتي تتسق رولها النظم القانونية جميعها -أياً كان موضوعها- فلا تتحول عنها.

إذ هي معايير الجماعة التي تضبط بها هذه النظم وتردها إليها. ولا يجوز بالتالي أن تنتزع أية سلطة لنفسها مفاهيم يتبدعها، وتقرر تعلقها بها دون غيرها، لتحدد على ضوءها ما نراه صواباً أو خطأ.

إذ يناقش ذلك ما بين النظم القانونية من ترابط، ويحقق انزعاليها، فلا تتكامل فيما بينها، وإنما تستقل عن بعضها البعض -ليس فقط في جزئياتها، وإنما كذلك في القيم الرئيسية التي تنظمها، لتبدو جميعها وكأنها نتاج مفاهيم أيولوجية مختلفة في بلدان متعددة بما يؤكد تفرقها لاتوافقها، وعلى الأكل في العريض من خطوطها^(١).

(١) فليس السلطة العسكرية وسائل قانونية تخصها وتنفرد بها. Military due process، وإنما تطو هذه

الوسائل عليها وتكون قيداً عليها Due Process of the Military

Bassiouni, Grimial law and its due processes, 1974, P.P.578-579.

٦٢٤- ويزيد الأمر سوءاً:

١. أن قضاء المحاكم العسكرية قلما يمررون أذانهم للمدعى أمامهم من المتهمين. فلا يمنحونهم وقتاً كافياً لتحضير دفاعهم؛ وقد يرفضون طلبهم لشهود ينفون التهمة عنهم، أو لا يوفرهم لهم فرص الاتصال بمحاميهم. وكثيراً ما يلغون الفرع في نفوسهم من خلال شدتهم، أو عن طريق إجراءاتهم المختصرة التي لا يطمئن المتهم معها إلى مصيره.

٢. أن تعيين هؤلاء القضاة والمدعين العامين، وكذلك ترفعاتهم ومكافاتهم، بيد قائدتهم الذين يوطنهم. فلا يسلمون من الخضوع لتعليماتهم، وعلى الأخص لأن لقائهم الحق في مراجعة أحكامهم واعتمادها أو تبديلها وفق تقديرهم. وقد يطلونها إذا تبين لهم مناقضتها للسياسة النظامية التي يريدون تطبيقها في وحداتهم. فلا يكون تدخلهم في القضايا -ولو بطريق غير مباشر- إلا ولما لا يدحض -وإن لم يكن مشهوداً- يزيد من قسوته أمران :

أولهما: أن حق الشخص في الاعتراض على احتجازه غير المشروع Habeas Corpus بعد أن يستغذ طرق الطعن القضائية، غير مسلم به في مصر؛ وإن تقرر في كثير من الدول التي تراه امتياز لكل فرد أودع -بالمخالفة للدستور أو للقانون- في مكان يقيد من حريته الشخصية، وعلى الأخص من خلال إجراء القبض أو الاعتقال.

وهي ضمانة ينادع بها في احتجازه غير المشروع، ولا يجوز وقفها إلا في أحوال استثنائية مناطها العصيان والغزو. وغايتها أن تكفل الحرية للشخصية أفضل صور الحماية في مواجهة المخاطر التي تهددها. وصار هذا الامتياز بالتالي قرين الحرية أو مدخلها، يزرعها ويقيوها، وعلى الأخص في مجال العدالة الجنائية التي يلقى فيها أن يدان الشخص من محكمة تناقض إجراءاتها للدستور؛ أو تخرج القوانين التي يطبقها على قواعده؛ أو يطل حكمها بناء على وجه آخر. كإكثارها حق الشخص في الحصول على مشورة محام، أو الحكم عليه أكثر من مرة من الجريمة ذاتها.

ويتوخى هذا الامتياز في المجال الجنائي إنكار ولاية المحكمة أو سلطتها في الفصل في الاتهام. ولا يجوز بالتالي أن يؤسس على خطأ أو صحة حكماء، ولا على عدم كفاية الأدلة التي قام عليها هذا الحكم.

ويفترض تطبيق هذا الامتياز في الدول الفيدرالية توافر شرطين:

أ. أن يكون احتجاز الشخص في الولاية أو تقييد حريته على وجه آخر، منطوقا على إخلال بالحقوق الأساسية التي كفلها الدستور الفيدرالي، أو القوانين الفيدرالية لكل شخص.
 ب. أن يكون احتجاز الشخص به تاليا لاستنفاده لطرق الطعن التي حددتها الولاية للفصل فيما إذا كان تقييد حريته جائزا قانونا أم غير جائز.

ويفترض استنفاده لهذه الطرق، وجودها وملائمتها، حتى لا يكون ولوجها مجرد انزلاق في رمال غفيرة لا نجاة منها، ولا أمل معها. ولا كذلك أن يكون قد تخطى طواعية عن القواعد الإجرائية المعمول بها في الولاية، أو تعمد تجنبها، حتى لا يحصل على الترضية التي كفلتها عن احتجازه غير المشروع. وكلما كان احتجاز الشخص في الولاية بناء على أمر صدر من سلطة فيدرالية، فإن استنفاده لطرق الطعن في الولاية كشرط لإطلاق سراحه، لا يكون لازما.

ثانيهما: أن الضباط الذين تشكل منهم المحاكم العسكرية، والمحامين العامين لديها، كثيرا ما يكونون غير مجازين في الحقوق، بما يعجزهم عن تفهم ما يكون من الدفاع جوهريا يتغير به وجه الرأي في الدعوى الجنائية، أو ثانويا غير مؤثر في محصلتها النهائية؛ وكذلك معا يكون من الأدلة مقبولا أو غير جائز القبول؛ متعلقا بالدعوى الجنائية، أو غير منتج فيها.

وقد لا يرهفون سمعهم لحقوق المتهمين الماثلين أمامهم في المرحلة السابقة على محاكمتهم Pre-trial proceedings، ولو كان إغفالها قد أثر بصورة جدية في مركز المتهم.

ويعولون على الأقوال التي يدلي بها، ولو في مرحلة التحفظ عليه، رغم ما يشوبها من ضغوط قد ينهار معها، فيدلي بأقوال لكره نفسها عليها، وقد لا تنبئه سلطة التحقيق إلى حقه في أن يظل صامتا؛ وأن يستعين بمحام؛ وأن ما يقرره أمامها قد يؤخذ عليه.

ذلك أن هذه الحقوق جميعها، وإن تحققت للحصول عليها في محاكم القانون العلم، إلا أن التسليم بها في المحاكم العسكرية التي يفزع المتهم أمامها، ولا يطمئن معها إلى مصيره، أكثر وجوبا، ولو طلبها وأصر عليها عسكريون قبل أن يصدر في شأنهم قرار اتهام.

ذلك أن إنكار تلك الحقوق أو إرجاءها حتى يصدر هذا القرار، مؤده أن يظل المتهم بغير دفاع ينبيه إلى خطورة الأقوال التي يدلي بها في هذه المرحلة، وإلى أثرها على مركزه بما يعرض موقفه للخطر الجسيم.

٣. ولا تزال قائمة محاولة التقريب بين النظم العسكرية والمدنية في مجال الحقوق التي تكفلها للمتهمين أمامها، أو الذين تقوم لديها شبهة ارتكابهم لجريمة.

إلا أن أكثر ما يعرض هذه الحقوق للتهديد في النظم العسكرية، هو التدرج الرئاسي بين سلطاتها التي لا تمنحها حقائق العدل أكثر من اهتمامها بالأوضاع العسكرية في صرامتها وتقاليدما وأعرافها.

وبعبارة كذلك أن القائمين بالأعمال القضائية فيها، أو بالأعمال الشبيهة بها، كلما يكونون مؤهلين قانوناً، ولا يستوعبون غالباً حتى القواعد القانونية التي تطبقها هذه النظم^(١).

The greatest weakness of the system remains that it is administered by the military hierarchy which is often more interested in the rules of military tradition and custom than in justice, in addition to being seldom trained at law and often unfamiliar with the military law itself.

٤. ويلزم دائماً لجواز القبض على العسكريين وتفتيشهم إذا أحاطتهم شبهة ارتكابهم جريمة، أن يكون هذا الإجراء محمولاً على أسبابه التي تكون صحتها أكثر احتمالاً Probable cause، وأن يكون كذلك محمولاً.

وهو ما يتحقق إذا ما تم بناء على إذن موافق للقانون؛ أو على أشياء تد حيازتها على ذاتها - جريمة معلّقة عليها؛ أو على أشياء أخرى بموافقة ملكها؛ أو لها صلة بأدلة الجريمة التي يخشى طمسها أو إزالتها.

ويبدو أن يلاحظ دوماً، أن للنظم العسكرية بيئتها التي لا يلائمها أحياناً التطبيق الجامد أو الكامل للقواعد الإجرائية التي تلتزمها محاكم القانون العلم فيما تفصل فيه من الجرائم.

وقد تخرج عليها المحاكم العسكرية بصورة جزئية تخففاً منها؛ وإن تعين أن يكون جوهرها موافقاً للوسائل القانونية المملوكة في عموم متطلباتها.

وظل ثابتاً بالتالي أن نقصد الضباط لجنودهم وقواً على أحوالهم، وقدر تضحياتهم، ودرجة تألمهم للقتال؛ لا يقل شأننا عن تفتيش أماكن إقامتهم في تفتيشهم.

(١) انظر في ذلك الدكتور شريف بسيوني ص ٥٩٠ من مؤلفه السابق الإشارة إليه. وهذا وتكسر السواد (٥٩٠٥٧، ٥٥٠٥٤ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ على أن يصدر بتعيين القضاة العسكريين قرار من وزير الحربية؛ ويكون جميعهم من الضباط، ويخضعون لكافة الأنظمة المنصوص عليها في قوانين الخدمة العسكرية؛ ويكون تعيينهم لمدة سنتين قابلة للتجديد، ولا يجوز نقلهم إلى مناصب أخرى إلا للضرورة العسكرية. وهو ما يعنى خضوع هؤلاء القضاة خضوعاً كاملاً لأوامرهم.

ذلك أن القائمين بتفتيشها، لا يدخلونها انتهاكا من جانبهم لخصوصيتها، وإنما توفيرا لإيداع أشياء ممنوعة فيها.

بل إن من الفقهاء من يقول بأن الذين يخطرطن في القواف المملحة، ويعتبرون من أفرادها، يجرّدون أنفسهم ضمنا من الحق في حماية حرمة خلوص حياتهم بقدر تطبقها بالأماكن التي يقيمون فيها دخل نكتاتهم^(١).

ذلك أن النظم العسكرية -التي تغاير المجتمع المدني في تكوينه واحتياجاته واحتياجاتها- تعيش واقعها؛ فلا تتفصل متطلباتها عن الضغوط التي تزرع تحتها.

ويجب بالتالي أن يحاط القبض والتفتيش بقدر كبير من المرونة التي يندرج تحتها، اعتماد السلطة العسكرية التي تجريه على تحرياتها الجدية، ولو جاءتها بعض عناصرها من مصادر تريد إخفاءها، على أن تكون هذه المصادر موثوقا بها. وهي تكون كذلك -على الأخص- إذا أبدتها هذه السلطة بمعلوماتها للشخصية؛ أو إذا كان الأشخاص الذين أبلغوها عن الجريمة، أو قدموا إليها بياناتهم عنها؛ قد وقعوا إقرارا منهم بذلك.

وتباشر هذه السلطة تحرياتها تلك، أخذه في اعتبارها طبيعة وخطورة الجريمة التي تم الإبلاغ عنها. إذ يتعين أن يكون لتحرياتها صفا كبيرا في الجرائم الأكثر خطرا. ودون ذلك فإن أمرها بإجراء القبض أو التفتيش، لا يعتبر محمولا على أسبابه الراجعة صحتها.

(١) R.D. Hamel, Military search and seizure, 39 Military law Review, 43 (1968).

المبحث العاشر الجرائم العسكرية - ماهيتها

٦٢٥- لا تتحدد طبيعة الجريمة على ضوء موقعها من القانون الذي أنجزها في صلبها، كالقول بأن قانون العقوبات وغيره من القوانين التي تكمل أحكامه، إطارا لجرائم القانون العام، وأن النظم العسكرية وعاء الجرائم التي تضمنها تشريعاتها.

فذلك كله نظر لا يتحقق حقائق الأشياء، وإنما يتعلق بأهدافها الشكلية.

شأن وجهة النظر هذه، شأن الذين يأخذون بمعيار شكلي في تحديد اختصاص محاكم مجلس الدولة، فيعتبرون كل قرار صدر عن السلطة التنفيذية -بإقرعها المختلفة- قرارا إداريا، ولو كان هذا القرار متضمنا قواعد قانونية مجردة تماثل القوانين في انتفاء تخصيصها بواقعة بذاتها تتعلق بها، أو بأشخاص عيّنهم المشرع بصفاتهم لا بذواتهم.

والطبيعة الشكلية لهذا المعيار، لازمة أن تتحدد طبيعة الجريمة -لا بالنظر إلى مضمونها؛ ولا على ضوء الأغراض التي يستهدفها الجزاء عليها- وإنما من منظور شكل القانون الذي احتواها. فمن كان قانونا مدنيا، كانت الجريمة من جرائم القانون العام، وإلا تعين إحاقها بالجرائم العسكرية إذا أدخلها قانون يخص النظم العسكرية في إطاره.

٦٢٦- كذلك لا تتحدد طبيعة الجريمة بالنظر إلى أشخاص من يرتكبوها. ذلك أن الجرائم جميعها لا تتحدد أوصافها إلا على ضوء حقيقة ماهيتها. وأوصافها هذه هي التي تحدد الاختصاص القضائي بنظرها بغض النظر عن صفة مرتكبوها. وأية ذلك أن جريمة قتل الرجال لأزواجهم، تنقل من جرائم القانون العام، ولو كان مرتكبها من الخاضعين أصلا للنظم العسكرية.

ولا يبقى بعد هذا إلا أن يكون معيار تحديد طبيعة الجريمة، موضوعيا ينظر إلى الجريمة في مكوناتها وإلى الأغراض التي يتوخاها الجزاء عليها؛ ونسوح المصالح التي تمسها، وما إذا كان إخلال الجريمة بها مباشرا أو عرضيا.

فالقتل جريمة من جرائم القانون العام بالنظر إلى أن تأثيم المشرع لها، لا يخص نفرا من المواطنين دون سواهم. وإنما يشملهم جميعا في كافة مواقعهم، وعلى تباين وظائفهم، أو الأعمال التي يتولونها. وهم بذلك سواء في التقيد باللصوص العقابية التي تمنعهم من إتيانها، لا يمايزون في ذلك عن بعضهم البعض.

ومن ثم كان القتل من جرائم القانون العام التي تفصل فيها محاكم هذا القانون دون غيرها بوصفها قاضيا طبيعيا. ولا كذلك أن يكون للجريمة خصائص قائمة بذاتها لها من خطورتها ومن مساسها المباشر بالنظم العسكرية ومتطلباتها ما يسوغ إلحاقها بالجرائم العسكرية، وإلحاقها في زمريتها، إذا ارتكبها أشخاص يضمنون لهذه النظم، ويعتبرون مشمولين بها.

ويزيد الأمر سوءا أنه وإن كان الأصل في الجريمة العسكرية أن يرتكبها عسكريون، إلا أن النظم العسكرية قد تخرج في إطار المشمولين بأحكامها أفرادا ليس لهم صلة بالقوات المسلحة، ولا يعتبرون منخرطين في صفوفها. بما يناقض حقيقة أن العسكريين هم الذين يرتبطون بالقوات المسلحة برابطة أصيلة، لا عرضية تجعلهم من عناصرها، ولو كفوا في إجازة تكفل بانتهاؤها بدة خدمتهم فيها Terminal leave.

إذا اعتبروا حتى في هذه الحالة، من أفرادها الذين تشملهم نظمها^١ بما في ذلك مسئوليتهم عن الجرائم التي يرتكبونها قبل انقطاع صلتهم بها.

ولا يجوز لمحاكمة عسكرية بالقائي، أن يشار ولايتها في شأن شخص لم يعد من الخاضعين لها، أو كانت الجريمة التي ارتكبها تشكل في اختصاصها بالنظر إلى مادة الأعمال التي تكتونها. ولا اختصاص لهذه المحاكم بالقائي، بالفصل في جرائم ارتكبها أشخاص بعد انتهاء خدمتهم في القوات المسلحة، ولا جدهم إليها عن جرائم أتوها خلال فترة انتمائهم بها، إذا كان اندراجهم في صفوفها مخالفا للقانون. كما لو كفوا من القصر الذين لا يجوز قبولهم في القوات المسلحة. ذلك أن ارتكابهم واقعا بها بعد دخولهم في خدمتها De facto، لا ينال من كونهم خاضعين لولاية ألباتهم أو لأوصولهم.

ولهؤلاء هؤلاء، أن يعارضوا بقايمهم في القوات المسلحة، وأن يمنحوا محاكمها من أن تمد يدها إلى ألباتهم أو إلى المشمولين بوصليتهم.

وتتور صعوبة كبيرة في شأن الأشخاص الذين وإن ارتكبوا جريمتهم أثناء عملهم في القوات المسلحة، إلا أنهم بارحوها قبل أن يحكموا عنها.

(١) *Hirounius v. Durant*, 168 F2d. (1948) 335 U.S. 318. See also *George Washington Review* 142 (1947).

والرجوع إلى القوانين الوطنية، يدل على تبين موقفها في هذا الصدد. فمنها ما يجيز محاكمتهم عن الجرائم السابقة على خروجهم من القوات المسلحة، بشرط أن يكون لها من أهميتها وخطورتها ما يبرر جلبهم إلى المحكمة العسكرية للتصديق فيها؛ ومنها ما يطلق الحق في محاكمتهم عن هذه الجرائم بغض النظر عن نوعها أو درجة جسامتها. وهو الحل الذي أخذ به قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، وذلك بما نص عليه في المادة ٩ من أن يبقى العسكريون والملحقون بهم، خاضعين لأحكام هذا القانون، ولو خرجوا من الخدمة، إذا كانت جرائمهم وقت وقوعها مشمولة بأحكامه.

٦٢٧- ولا نميل إلى أحد هذين الاتجاهين، ونراهما قائمتين على معايير غير موضوعية، ومستلذان إلى التحكم ولا تحملهما غير إرادة السلطة التشريعية من خلال تبنيها موثقاً تراه أكثر ملاءمة، وإن لم يكن بالضرورة قائماً على صلة وثيقة بين الحلول التي اختارتها، وضوابطها المنطقية.

ولكثر واقعية من هذين الاتجاهين، أن نقرر جواز ملاحقة المتهمين عن جرائمهم التي ارتكبوها أثناء خدمتهم بالقوات المسلحة، ولو بعد انقطاع صلتهم بها، إذا كان التحقيق معهم فيها، قد بدأ قبل انتهاء خدمتهم. إذ يعتبر بدء التحقيق في جرائمهم التي ارتكبوها أثناء عملهم بالقوات المسلحة، إجراء يربطهم بها، حتى بعد خروجهم من خدمتها. وتقوم بالتالي من خلال هذا التحقيق، صلة كافية تبرر تكليفهم بالتمثل أمام المحكمة العسكرية لمحاكمتهم عن هذه الجرائم، ولو لم يكن ذلك للتحقيق قد اكتمل. ذلك أن الأصل في ولاية المحاكم العسكرية، أنها استثناء من أصل خضوع المواطنين جميعهم لمحاكم القانون العام، بضماناتها الإجرائية والمالية.

ويتعين بالتالي أن ينحصر هذا الاستثناء في حدود ضيقة لا يندرج تحتها أن يقدم أعضاء سابقون في القوات المسلحة، إلى محكمة عسكرية، عن جرائم لم يتخذ إجراء فيها قبل تركهم لها.

المبحث الحادي عشر

العاملون من أفراد القوات المسلحة في القواعد الأجنبية

٦٢٨- وقد تتخذ القوات المسلحة الوطنية بعض موقعتها في دولة أجنبية. وتساذن للعاملين من أفرادها في هذه القواعد الأجنبية، بأن يستصحبوا زوجاتهم وأولادهم معهم ليقوموا فيها، وعلى الأخص إذا كانت هذه القواعد دائمة بمقتضى معاهدة دولية طويلة الأجل.

ومن ثم تكون عائلاتهم هذه -بكل أفرادها- من المدنيين الذين لا تجوز محاكمتهم أمام السلطة العسكرية الأجنبية عن جرائمهم التي ارتكبوها في تلك القواعد؛ ولا أمام محاكمهم الوطنية لوقوع الجريمة فيما وراء النطاق الإقليمي لولايتها؛ وإن جاز تسليمهم -يرصفهم من المدنيين- إلى محاكم القانون العلم في الدولة الأجنبية بناء على طلبها، وإن كان هذا الاحتساب مشيلا.

٦٢٩- وقد تتخلى الحكومة الوطنية عن جزء من سيادتها في المعاهدة للدولية التي تنظم أوضاع قواتها المسلحة التي تعمل في قواعد أجنبية؛ وذلك بأن تخضعهم عن الجرائم التي يرتكبوها فيها، لولاية المحاكم العسكرية للدولة التي تمتصفيهم في إقليمها. ولئن قيل بأن النزول عن بعض مظاهر السيادة الوطنية، يكون مجتفا بحقوق أفراد القوات المسلحة الذين يعملون في تلك القواعد، بالنظر إلى احتمال التهرب من حقوقهم أمام المحاكم العسكرية الأجنبية التي يقومون إليها عن جرائمهم تلك؛ إلا أن كثيرين يرون أن احتمال محاكمتهم على وجه يناقض المبادئ القانونية السليمة في عناصر إنصافها، يعتبر نتيجة عرضية ناجمة بالضرورة عن علمهم في هذه القواعد. وهي نتيجة يفترض قبولهم لها ورضاؤهم ضمنيا بها^(١). وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن الحق في محاكم منصفة حق أصيل يأخذ برقاب النظم القانونية جميعها -في مستوياتها المختلفة، ولأيا كان مكان تطبيقها- ليجتبط بكل جوانبها.

(١) Wilson v. Girard, 354 U.S. 524 (1957).

المبحث الثاني عشرصور من التحديد التشريعي في مصر للجرائم العسكرية

٦٣٠- وإذا كان الأصل في الجرائم بوجه عام، أن يكون تحديدها بالنظر إلى خصائصها، فلا يخرجها المشرع عن طبيعتها ليجرها إلى نظم استثنائية لا شأن لها بها.

إلا أن قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، لم يأبه لهذا الاعتبار، إذ أفرط في تحديد الجرائم التي شملها بالحكمه فأدخل تحتها -وينص المادة ١٦٧ من هذا القانون- جرائم القانون العام، إذا كان من ارتكبتها من الخاضعين لقانون الأحكام العسكرية. وهو نظر سقيم، وذلك لأمرين:

أولهما : أن خصائص الجريمة أو طبيعتها، هي التي تحدد جهة الاختصاص القضائي بنظرها أيًا كان مرتكبها.

ثانيهما : أن النظم الاستثنائية التي تخرج عن قواعد القانون العام دون مقتض، تفرض على حقوق الأفراد وحرياتهم قيودا خطيرة لا يجوز القبول بها، لأنها تحور ضماناتها، سواء من خلال إهدارها أو انتقاصها من أطرافها.

٦٣١- واستقرأ قانون الأحكام العسكرية، يدل على توجهه إلى مجاوزة الدائرة التي كان ينبغي أن يعمل فيها. ويظهر ذلك على الأخص في مجال تطبيق نص المادة ٦ من هذا القانون التي تخول فقرتها الأولى رئيس الجمهورية -ولو في غير أحوال الخطر العام- أن يحل جرائم أمن الدولة جميعها إلى المحاكم العسكرية التي نص عليها هذا القانون، ولو ارتكبتها مدنيون.

ثم تأتي الفقرة الثانية من هذه المادة ذاتها، لتخول رئيس الجمهورية أن يحل أية جريمة نص عليها قانون العقوبات أو غيره من القوانين، إلى هذه المحاكم، لتخرج الجرائم المنصوص عليها في هاتين الفقرتين -جميعها من جرائم القانون العام- من الاختصاص المطلق لقاضيه الطبيعي، لتشملها نظم استثنائية في القواعد التي تحكمها، وفي نوع المحاكم التي تطبقها.

ولئن فرض الدستور المشرع في تحديد الهيئات القضائية وبيان اختصاصاتها؛ إلا أن نقل بعض مظاهر الاختصاص القضائي من الجهة التي تتولاها أصلا، يفترض أن يكون هذا

الإجراء وألقا بصورة استثنائية؛ وفي حدود ضيقة؛ ولأعذار تقتضيها المصلحة العامة في أوثق روابطها وأعلى درجاتها؛ وتقرضها الضرورة في أعرق متطلباتها.

وهو ما لا يتوافق في نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، التي يحيل بها رئيس الجمهورية إلى المحاكم العسكرية، جرائم للقانون العام، على ضوء تقديره لخطورة ما يحيله منها. ذلك أن هذا التقدير لا توجهه ضوابط موضوعية تفرض نفسها على رئيس الجمهورية ليتخذ على ضوءها قراره بإحالة هذه الجرائم إلى المحاكم العسكرية التي لا تختص أصلاً بها.

فلا يكون نص المادة ٦ المشار إليه إلا مخالفاً للدستور، ولو أحاط رئيس الجمهورية بتطبيقها بأفضل النوايا. ذلك أن جرائم القانون العام لها ضماناتها، ودائرة منطقية لتطبيقها لا يجوز الإخلال بها.

ونقلها برمتها أو في أغلبها إلى المحاكم العسكرية، يخرجها من دائرة تطبيقها إلى دائرة مختلفة لا يجوز أن تسمها، ولا يفترض أن ترتبط بها؛ ويخضعها بالتالي في غير ضرورة ملحة- لنظم استثنائية في طبيعتها وخصائصها.

٦٣٢- وما قررناه في شأن نص المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية، يصدق كذلك على نص المادة ٨ من هذا القانون التي تعاقب بمقتضى أحكامها، كل شخص من الخاضعين لهذا القانون، أتى في الخارج - سواء باعتباره فاعلاً أو شريكاً- عملاً يعد جنائية أو جنحة تدخل في اختصاص المحاكم العسكرية، ولو لم يكن معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكبه فيه. فإذا كان معاقباً عليه فيه، جاز محاكمته مرة ثانية أمام هذه المحاكم عن الجريمة ذاتها، على أن تراعى مدة العقوبة التي يكون قد أمضاها.

وهذه المادة معيبة من وجهين:

أولهما: سريتها على كل شخص من الخاضعين لقانون الأحكام العسكرية، ولو لم تتوافر فيه الصفة العسكرية -مطالبة المعاهد والكتليات العسكرية- واكتفاؤها في تطبيق حكمها بأن تكون الجريمة التي أتاها في الخارج - يكامل أجزائها- جنائية أو جنحة تدخل في اختصاص المحاكم العسكرية، سواء كان مرتكبها فاعلاً أم شريكاً، وطنياً أم أجنبياً، بل ولو كان مرتكبها منياً، وكانت الجريمة التي ارتكبها بتمامها في الخارج، من جرائم القانون العام.

ثانيهما: تجويزها أن يقدم الشخص إلى المحكمة العسكرية ذات الاختصاص، حتى تجازيه مرة ثانية عن ذات الجريمة التي حوكم عنها في الدولة التي ارتكبها فيها، ولو كان قد

نفا عقوقها بكاملها، أو كان مقدار عقوقها فى قانون الدولة الأجنبىة، أشد من العقوبة المقررة لها فى قانون الأحكام العسكرية. فإن كانت أقل، تستقل مدتها من العقوبة الجدىة.

وفى ذلك مخالفة للمستور، ذلك أن الشخص لا يخاص لا يخاص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، وإلا كان ذلك عوانا خطيرا على الحرية الشخصية، ينال منها بغير الوسائل للقانونىة السلمىة.

٦٣٣- وإذا كان من المقرر قانونا، ألا تطبق أحكام قانون العقوبات -رباعطاره القانون العلم- فاما ورد به نص خاص فى قانون الأحكام العسكرية، فإن كل جريمة نص عليها هذا القانون، تعتبر معاقبا عليها بالعقوبة التى حددها لها، ولو كان قانون العقوبات يقرر فى شأن الجريمة عونها جزاء أقل.

ودليل ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٣ من قانون الأحكام العسكرية، من معاقبة من يسرق من العسكريين نقدا من زميله بالأشغال الشاقة المؤبدة أو جزاء أقل منها منصوص عليه فى هذا القانون. وهى عقوبة تزيد وطأتها بكثير على عقوبة الجناة المقررة عن هذه الجريمة ذاتها فى قانون العقوبات.

٦٣٤- ويبدو غريبا كذلك نص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية التى تعاقب على الشروع فى الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون، بالعقوبات المقررة للجريمة الأصلية، إلا إذا نص القانون على غير ذلك.

وتشديد العقوبة على هذا النحو، وإن توخى تحقيق الردع العلم -على ما جاء بالمشكرة الإيضاحية لهذا القانون- إلا أن تسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة فى كافة الجرائم المنصوص عليها فى قانون الأحكام العسكرية، يناقض الأصل المقرر فى المادتين ٤٦، ٤٧ من قانون العقوبات التى تقرر للشروع فى الجنابة عقوبة أقل من العقوبة المقررة أصلا للجريمة التامة؛ وتنص ثانيتهما على أن يحدد المشرع الجناح الذى يعاقب على الشروع فيها. وكذلك عقوبة هذا الشروع.

وليس مفهوما بالتالى أن يكون البدء فى تنفيذ فعل بقصد إتيان جنابة أو جناة، مساويا فى أثره لجريمة تم ارتكابها.

ونص المادة ١٢٨ من قانون الأحكام العسكرية، استثناء من القواعد العامة فى قانون العقوبات، فلا يجوز التوسع فى تفسيره، ويتعين بالتالى أن يقتصر تطبيقها على الجرائم العسكرية بمعنى الكلمة، وأن تنقيد المساواة التى فرضتها، بين عقوبة الجريمة التامة والشروع

فيها، بالعقوبة الأصلية دون العقوبة التكميلية التي لا يجوز أصلاً توقيعها إذا وقف الفعل عند حد الشروع.

٦٣٥- أن حائطا يتعين أن يفصل بين المدنيين والعسكريين، فلا يمتزجان بما يجعل المدنيين مشمولين في كل أحوالهم بالنظم العسكرية، ولو كانوا غير شركاء في جريمة عسكرية بطبيعتها.

ذلك أن المحاكم العسكرية، وإن جاز تشبيهها فيما تفصل فيه من الجرائم، بالمحاكم الجنائية؛ إلا أنها تنأبرها في إجراءاتها وطبيعة القواعد التي تطبقها^(١). بما لا يوفر للمتهمين المتأئين أمامها الحد الأدنى من الحقوق التي تحول ضد إعنائهم. وهو ما يفصلها واقعا وقانونا عن محاكم القانون العام، وعلى الأخص بمراعاة ما يأتي:

أولاً: أن خطأ المحكمة العسكرية سواء في مجال تقاريرها الواقعية أو في إنزالها لحكم القانون عليها، لا يفتح به طريق الطعن على أحكامها؛ لا أمام المحكمة المدنية الأعلى في موقعها من التنظيم القضائي القائم؛ ولا أمام محكمة عسكرية أعلى من المحكمة التي صدر الحكم عنها.

ذلك أن نهائية أحكامها ترتبط بالتصديق عليها وفقا لأحكام المواد ٩٧ إلى ١٠١ من قانون الأحكام العسكرية التي تخول رئيس الجمهورية -بوصفه قائدا أعلى لقواتها المسلحة- سلطة التصديق على الأحكام القضائية التي عينتها المادة ٩٨ من هذا القانون؛ والتي تنحصر في تلك الصادرة بعقوبة الإعدام أو بالطرد من الخدمة. وفيما عداها تكون سلطة التصديق من اختصاص من يفوضه من الضباط، والضباط المفوض من رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق، أن يفوض غيره في ذلك. وهو ما يناقض القواعد المعمول بها في القانون العام التي لا تجيز التفويض في التفويض.

ثانياً: أن قانون الأحكام العسكرية، وإن خول رئيس الجمهورية سلطة التصديق على الأحكام القضائية الصادرة بالإعدام أو بالطرد من الخدمة؛ إلا أن هذا القانون أغلظ بيان حدود هذه السلطة؛ ولكن ذلك القانون حدد نطاقها إذا كان المصدق من الضباط الذين فوضهم رئيس

(١) تنص المادة ٩٦ من قانون الأحكام العسكرية. على أن تطبق محاكم الميدان القواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، ولها عند الضرورة عدم التقيد بها مع عدم الإخلال بحق المتهم في الدفاع عن نفسه طبقاً للقانون.

الجمهورية في ذلك، أو كان المصدق قد تلقى التفويض بذلك من الضابط المفوض من رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق.

إذ يجوز لهؤلاء وهؤلاء من الضباط، إيداع العقوبة المحكوم بها، أو تخفيفها بعقوبة أقل منها؛ أو إلغائها كلها أو بعضها؛ أو وقف تنفيذها كلها أو بعضها، أو إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى؛ أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى^(١).

ولئن خول هذا القانون الضابط المصدق، بأن يعدل -على النحو المتقدم- من العقوبة المقضى بها في الأحكام التي لا يدخل التصديق عليها في اختصاص رئيس الجمهورية؛ إلا أن الضابط المصدق لا يلتزم قانوناً بأن يورد أسبابها لتعديل العقوبة المحكوم بها، إلا إذا أنقضى الحكم مع حفظ الدعوى، أو أمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى.

ثالثاً: وأما كان القائم بالتصديق، فإن هذه السلطة، يعيها أمران جوهريان:

أولهما: أن من يباشرها لا يتقيد بضوابط حددها المشرع سلفاً، مستهضاً بها رقابة حقيقية -لا تحكمية- تباشرها سلطة التصديق على الأحكام التي تعرض عليها للتحقق من صحتها في تقييدها الواقعية وأسبابها القانونية. ولا تعتبر بالتالي سلطة التصديق، جهة طعن بمعنى الكلمة.

كذلك فإن توزيع سلطة التصديق بين رئيس الجمهورية والضابط المفوض فيها، يفترض أن يتقيد كل منها بنطاق ولايته التي حددها القانون.

بيد أن قانون الأحكام العسكرية نقض هذا الأصل بنص المادة ١٠١ التي تنص بأنه إذا كانت العقوبة المحكوم بها تخرج عن سلطة الضابط المصدق؛ فعليه أن يرفعها إلى السلطة الأعلى المختصة وفقاً لأحكام هذا القانون، ما لم يبدل الضابط المصدق العقوبة المحكوم بها بغيرها، أو يحذفها أو يخففها حتى تتخل في نطاق العقوبة التي يجوز أن يصدر عليها.

وهو ما نراه مخالفاً للدستور. ذلك أن قواعد الاختصاص لا يجوز توزيعها إلا بقانون. فإذا حل الضابط المصدق -بقرار يصدره- محل رئيس الجمهورية في مباشرة سلطة التصديق

(١) يلاحظ أن سلطة إيداع العقوبة أو تخفيفها أو إلغائها أو وقف تنفيذها أو إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى أو الأمر بإعادة المحاكمة أمام محكمة أخرى، مخولة بصريح نص المادة ٩٩ من قانون الأحكام العسكرية لضابط المصدق. أما سلطة رئيس الجمهورية في التصديق المبينة في المادة ٩٨ من هذا القانون، فمخولة لرئيس الجمهورية. وهو لا يعتبر ضابطاً مصدقاً.

التي يباشرها وفق القانون؛ كان ذلك عدوانا على ولاية شبيهة بالولاية القضائية، وإن لم تكن لها خصائصها.

فضلا عن أن سلطة التصديق على الأحكام، تحور من بنائها. فإذا وزعها المشرع بين جهتين، نعين ألا يتدخل.

ثانيهما: أن سلطة التصديق وإن كان ينظر إليها بوصفها شبيهة بمحكمة الطعن، إلا أنها لا تعتبر كذلك في حقيقتها.

ذلك أن محكمة الطعن لا تباشر وظيفتها في مراجعة الحكم المطعون فيه إلا على ضوء الأسس التي قام عليها ولما وقللونا، لتقوم اعوجاجها إذا بان لها قصورها أو مخالفتها للقانون.

ولا كذلك سلطة التصديق التي لا تنقيد مباشرتها بضوابط يلتزم بها من يباشرها. وإنما هي سلطة تقديرية مطلقة يحل بها المصدق من العقوبة المقضى بها وفق هواه، أو وفق الأوامر التي تصدر إليه من السلطة الأعلى، فلا تكون إلا قيودا خطيرا على الحرية الشخصية.

المبحث الثالث عشر

تقييم قانون الأحكام العسكرية

٦٣٦- ويظل قانون الأحكام العسكرية معيبا في صياغته، فاصرا عن ضبط معانيه، وربطها بما يكتل لتماقها وتوافق عناصرها. فلا تكتمل لها الوحدة العضوية المرجوة، ولا يتحقق ترتيبها فيما بينها وفق أسس علمية تقيم بنائها، وتوجهها لضمان الأغراض المقصودة منها.

ويحكم هذا القانون نظرة مبدئية قوامها علو النظم العسكرية على النظم المدنية، واستقلالها عنها في إجراءاتها، بما يخل بنطاق الحقوق الجوهرية التي تكفلها للخاضعين لها.

بل إنها تجر إلى منطقة تطبيقها مدنيين يفترض خضوعهم لقواعد القانون العام^(١) وتعرضهم على قضاة يعينهم القادة في وحداتهم، بما يؤكد تبعيتهم لهم وبذلك من استقلالهم، وبما يعزل المدنيين كذلك عن قضائهم الطبيعيين الأحق بالفصل في جرائمهم.

٦٣٧- ويزيد الأمر تعقيدا في النظم العسكرية، أنها تخول سلطاتها القضائية أن تقرر بنفسها، وأن تتفرد وحدها، بتحديد ما يدخل أو لا يدخل في اختصاصها من الجرائم، وكأنها بذلك فوق الهيئات القضائية جميعها، بما فيها المحكمة الدستورية العليا التي اقتصصها قانونها دون غيرها- بالفصل في كل تنازع على الاختصاص، إيجابيا كان هذا التنازع أم سلبيا^(٢).

وكان يتعين بالتالي أن تقوم محكمة مدنية أعلى بمراجعة أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لمجرد تقويم ما اعوج منها سموا في مجال ولايتها بنظر الدعوى الجنائية، أو تقدير وقائعها وتطبيق حكم القانون عليها- وإنما لأن طرق الطعن في الأحكام -على ما قرره المحكمة الدستورية العليا- لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية لتصويبها وبيان وجه الخطأ فيها،

(١) تنص المادة ٢٠ من مشروع دستور ١٩٥٤ الذي أعدته لجنة الخمسين على ما يأتي:

«لا يحاكم أحد إلا أمام القضاء العادي. وتحظر المحاكمة أمام محاكم خاصة أو استثنائية. ولا يحاكم مدني أمام المحاكم العسكرية» كذلك تنص المادة ١٨٤ من هذا المشروع على أن ينظم قانون خلاص المجالس العسكرية ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها ليعين يتولون قضاءها. ولا يكون لهذه المجالس اختصاص إلا في الجرائم العسكرية التي تقع من أفراد القوات المسلحة.

(٢) ما نص عليه قانون الأحكام العسكرية من أن تفصل السلطات العسكرية وحدها -بما فيها النيابة العسكرية- فيما يدخل في اختصاصها أو لا يدخل. يدل على استخفاف العسكريين بالمدنيين وبالنظم التي حكمهم

وإنما هي في واقعها أوتق اتصالا بالحقوق التي تتناولها، سواء في مجال إثباتها أو نفيها أو توصيفها، ليكون مصيرها عائدا أساسا إلى انفتاح هذه الطرق أو إغلاقها. وكذلك إلى التمييز بين المواطنين للمتحدة مراكزهم القانونية في مجال النفاذ إلى فرصها^(١).

يؤيد هذا النظر، أن سلطة التصديق على الأحكام العسكرية ليس لها خصائص طريق الطعن القضائية، ولا هي تتخذ مملكتها، ولكنها تتمحض عن سلطة تقديرية مطلقة تعدل من العقوبة المحكوم بها -إدالا أو تخفيفا أو إلغاء- أو تبقيها، دون أن تتقيد في ذلك بقواعد قانونية حددها المشرع ملقا لضبطها. خاصة وأن القانونين بالتصديق، يكونون غير مجازين في الحقوق غالبا، ولا يعينهم في الأحكام التي يصدقون عليها، وجه إخلالها بالحرية الشخصية التي لا يجوز إسدال خمار عليها لطمعها؛ ولا إيهانها من خلال انتهاكها بغير حق، وإنما يرتبط تصديقهم عليها بغير تعبيرها عن السياسة التي يؤمنون بها، والتي يحرصون على تطبيقها في وحدتهم، ولو نقض هذا التطبيق، أوضاع النظم القانونية القائمة ومتطلباتها.

وهو ما يحتم فتح طريق الطعن المدني في أحكام المحاكم العسكرية، ليس فقط لضمان تعدد درجات التقاضي في جرائم خطيرة قد تصل عقوبتها إلى الإعدام، وإنما لأن المحاكم العسكرية تغتفر في تكوينها إلى ضمانات استقلالها عن القادة الذين يعدون قضائها، وإلى تجردها عن الإحتياز لغير الحق، ما دام قضائها -جميعهم من الضباط- تابعين عملا لرؤسائهم، يتلقون تعليماتهم، ويتجنبون إغضبائهم، ولو نص المشرع على استقلالهم.

هذا فضلا عن سوء فهم المحاكم العسكرية لحقيقة النظم التي تباشر ولايتها في نطاقها. ذلك أن هذه المحاكم تنظر إلى سلطة الردع الكامنة في الجزاء الجنائي، وكأنها غاية نهائية لا يجوز أن تتحول عنها، لتحدد على ضوئها خطاها.

وكثيرا ما حملها هذا الاعتبار على ألا تعطى الدعوى الجنائية التي تفصل فيها، حقها من الأداة حتى تحيط بها عن بصر وبصيرة، ولو أضرب ذلك بحقوق المائتين لها، ليس فقط فيما يتعلق بالمعانة الفعالة التي يوقعونها من محامهم، ولكن كذلك في المرحلة السابقة عليها التي كثيرا ما تؤثر بدرجة خطيرة في مراكز المتهمين إذا ما جبروا عن محامين يقدمون لهم يد العون في مرحلة حرجية يكونون خلالها وراء جدران مغلقة.

(١) "تسوية عليا" القضية رقم ٩ لسنة ١٦٦ قضائية "تسوية" جلسة ١٩٩٥/٨/٥ قاعدة رقم ٧ من ١٢٩ من الجزء السابع من مجموعة أحكامها.

وحتى أثناء سير الدعوى الجنائية، فإن النظر إلى سلطة الردع بوصفها مصورا لها، مؤداه لنفاذ الفصل فيها في غير تمهل ولختصار إجراءاتها واختزالها، بما يفتقدها ضماناتها، ويحيل الحكم الصادر فيها إلى قضاء مبتسر يناقض محاكمتهم بطريقة منصفة بانفيها تسرع في إجراءاتها وينطلق بها في غير تبصر؛ أو بطء ملحوظ فيها يؤخرها دون مقتضى، وعلى الأخص كلما كان هذا للتأخير مقصودا أو جسيما. وإنما هي بين هذين الأمرين قول لا يكون ضابطها الاعتدال. فلا تزيد مدة الفصل فيها أو تقل عما يعتبر حدا زمنيا معقولا لتقدير وقائعها؛ وفحص أوجه النفاذ فيها؛ وإزالة حكم القانون عليها؛ وبمراعاة أن الأضرار الناجمة عن تأخر الفصل في الاتهام الجنائي، تقتضى، فلا يكون إثباتها مطلوبا^(١).

يؤيد هذا النظر كذلك ما تنص عليه المادة ٦٨ من الدستور من وجوب الإسراع في الفصل في القضايا. ذلك أن إسراع الفصل فيها، وإن كان لا يفيد تعجيلها وإصدار حكم فيها قبل تحقيق عناصرها؛ إلا أن هذا الإسراع، لا يقتضى كذلك أن يكون الفصل فيها متاخرا دون مقتضى، إذ يتعين أن يتوافر لكل خصومة قضائية نصيبها العادل من الاهتمام، دون تعريض أو إهمال.

وتلك هي الفريضة التي لا تزال غائبة عن الجهات القضائية جميعها^(٢). وهي فريضة يقتضيها نص المادة ٦٨ من الدستور باعتباره قاعدة أمرة لا توجيهية، فلا يترخص أحد في القبول بها أو إهمالها. والنظم القانونية جميعها بما في ذلك العسكرية منها، مخاطبة بهذه الفريضة. وعليها النزول عليها حتى يطمئن كل متهم على مصيره. فلا يقرر هذا المصير بقضاء مندفع تهورا؛ ولا بقضاء متلون تخذلا.

ولم يكن غريبا في إطار المفاهيم التي تقوم المحاكم العسكرية عليها، أن تقرر محكمة النقض، أن نصوص قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، ليس فيها ما يفيد صراحة أو ضمنا- أفراد القضاء العسكري وحده بنظر الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، إلا فيما يتعلق بالأحداث الخاضعين لأحكامه؛ وأن ما تقرره المادة ٤٨ من هذا القانون من أن السلطة القضائية العسكرية وحدها، هي التي تحدد ما إذا كان الجرم داخلا في

(١) المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١٩٩٨/٢/٧ - الدعوى رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية "مستورة" الجريدة الرسمية العدد رقم ٨ في ١٩ فبراير ١٩٩٨.

(٢) انظر في ذلك بند ١٠ من ص ١٦ من مقدمة الجزء الثامن من أحكام المحكمة الدستورية العليا خلال الفترة من أول يوليو ١٩٥٦ حتى آخر يونيو ١٩٩٨.

اختصاصها أم لا، يناقض ما تنص عليه المادة ١٦٥ من الدستور من أن تحديد اختصاص الهيئات القضائية لا يكون إلا بقانون^(١).

٦٣٨- على أن النظم العسكرية فى الدول كافة، تزداد صرامة تطبيقها فى زمن الحرب التى تنطلق الجيوش خلالها للدفاع عن الوطن إزاء مخاطر حقيقية يتهدد بها وجوده، فلا يكون ضبط تحركاتها، والسيطرة عليها، وفرض النظم الدقيقة على ضبطاتها وجنودها، إجراء منفصلا عن خطورة المهام التى تقوم عليها؛ ولا عن السلطة الكاملة التى ينبغى أن تكون لقادة الجيوش عليها؛ ولا عن ضرورة إلزامها بتنفيذ الأوامر التى يصدرونها لها بصلافة لا تقهر، وبطاعة عمياء لا تبصر، وعلى الأخص كلما كان عمل هذه الجيوش واقعا فيما وراء حدودها الإقليمية، أو مقتضيا تعاونها أو تحالفا مع جيوش أجنبية تعضدها وتشد أزرها، بما يعمق مسئوليتها فى إطار قواعد القانون الدولى العام التى تحكم الحروب التى تعلنها إحدى الدول أو تشنها. فلا تعتبر شئونها عملا داخليا، ولو جاوز رئيس الجمهورية سلطاته الدستورية فى مجال إعلانها أو شنّها.

ذلك أن قيام حالتها The state of war يعتبر شأنًا دوليًا يقيد الوطن فى نتائج القانونية، سواء فى الدول البسيطة، أو على سعيد الدول الفيدرالية التى تتعقد سلطة الحرب فيها وبالنظر إلى خطورة نتائجها وارتباطها بالمسؤولية الدولية للحكومة الفيدرالية دون غيرها لتبائها كسلطة لا تنقسم أو تتوزع بينها وبين ولايتها أو مقاطعاتها حتى لا تعلن الحكومة حربا عدوانية تمنعها قواعد القانون الدولى العام؛ ولتكون حربها الدفاعية واقعة فى إطار قواعد هذا القانون، وإن جاز القول بأن التدابير الدفاعية قد تقتضى أحيانا حربا هجومية لكسر شوكة العدوان فى محله، ومطاردته فى قواعده، بما يجعل الفصل بين التدابير الدفاعية فى بدء حركتها من جهة؛ وما تؤول إليه فى تطورها من اقتلاع العدوان من جنوره من جهة أخرى، من المسائل الدقيقة التى لا تفلح القواعد القانونية فى إيجاد حل لها، وإنما تتدخل فيها عوامل شتى تزيد من تعقيداتها.

(١) 'محكمة النقض' - الطعن رقم ٧١٦ لسنة ٥٦ قضائية - جلسة ٤ فبراير ١٩٨٧ - السنة ٣٨ ج٢ -

الباب الثالث

القوانين الجنائية وصلاتها بالحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية

الفصل الأول

الرقابة القضائية على دستورية القوانين الجنائية

المبحث الأول

الضرورة الاجتماعية لمناط التجريم

٦٣٩- لا تتوخى القوانين الجنائية مجرد تحقيق الردع، ولكنها غايتها أن تحفظ لبنيان الجماعة ولقيمها، تماسكها حتى لا تنفط.

ولئن كان شأن القوانين الجنائية شأن غيرها من القوانين في اتجاهها إلى ضبط أفعال الأفراد في علاقتهم بمجتمعهم؛ وفي صلاتهم ببعض؛ إلا أن القوانين الجنائية تفارق غيرها من القوانين في أنها تحدد للمخاطبين بها -وبصورة جازمة لا تحتمل تأويلاً- ما لا يجوز القبول به من مظاهر سلوكهم من وجهة نظر اجتماعية Socially intolerable conduct؛ وأن تسيطر عليها بوسائل منطقية، يكون القبول بها ممكناً في إطار الضرورة الاجتماعية التي اقتضتها.

فلا يكون السلوك المحظور جنائياً، غير تعبير عن هذه الضرورة التي يرتبط بها الجزاء الجنائي في نوعه ومقداره^(١).

٦٤٠- وصار من المملم ألا يتطرق جزاء واحد بالجرائم جميعها؛ ولا أن يطبق جزاء بأثر رجعي؛ ولا أن يكون الجزاء منافياً بقصوته ضوابط الاعتدال؛ ولا مهيناً بما يهدر آدمية الفرد.

وإنما يكون لكل جريمة جزاؤها الخاص بها، محدداً وفق الضرورة التي شكل المشرع على ضوئها بنيان الأفعال التي أقمها. فإذا كان الجزاء منافياً قدر هذه الضرورة، خرج على متطلباتها، وصار ضاراً بالجماعة ذاتها. ذلك أن الجماعة لا توثق عراها روابط مادية تضم

(١) "مستورية عليا" للقضية رقم ١ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -لاعدة رقم ٢١٠- ص ٤٠٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

أفرادها إلى بعض؛ إنما يتحقق للجماعة ترابطها، واتصال أفرادها ببعضهم عن طريق قيم تظلها، ومضوابط للسلوك تصوغها؛ فلا يكون تظليها عنها، أو تفرطها فيها، أو تراخيها في الحمل على النزول عليها، غير إذن بتصدع بنيان الجماعة ذاتها.

وإذ كانت المفاهيم المتقدم بيانها، تمثل من القوانين الجنائية ثوابتها التي لا تقبل للتغيير، إلا أن هذه القوانين تختلف فيما بينها في شأن ما نراه سلوكاً مقبولاً أو مرفوضاً من وجهة نظر اجتماعية. ذلك أنها تأخذ في اعتبارها أمرين يتفاوتان من جماعة إلى أخرى، وأحياناً داخل الجماعة ذاتها:

أولهما: الأهمية الآتية لمصلحة اجتماعية بذاتها The Current importance of particular social interest

وثانيهما: أبعاد النزعة الإجرامية للجناة ودرجة خطورتها The dangerous propensity of the offender.

وإذا كان الاعتبار الأول يركز على الجريمة من منظور خطورتها على مصلحة للجماعة فنقد أهميتها في زمن معين، ولا يصلح لضمائها غير الجزاء الجنائي؛ فإن الاعتبار الثاني يركز على الفرد من جهة سلوك مؤلخذ عليه جنائياً كان مقصوداً من جهته حين أنشاء، ودالاً على توجهه إلى الجريمة، وميله إلى العودة إليها.

وهذا الاعتبار هو الذي يفرق بين الجناة الذين لا يتمثلون بداهة في نشأتهم أو بينتهم، ولا في الأوضاع التي دفعتهم إلى الجريمة. ويستحيل صلبهم بالتالي في نماذج مغلقة لا يرمون عنها، وكأنهم من قوابلها التي لا تتبدل، والتي يصيرون بإفراغهم فيها، فريقاً واحداً يتوافق أفرادها في ظروفهم، ويأثفون فيما بينهم في نزعتهم الإجرامية؛ يعبرون عنها بالوسائل ذاتها، وبالأفكار عينها؛ وبالإرادة نفسها، سواء في قدر تصميمها على الفعل المؤثم قانوناً، أو في درجة توجهها إلى نتيجته.

فلا تتباين خياراتهم، ولا تتعدد طرائقهم في الحياة. وإنما هم سواء في نظرهم إليها، وفي تقييمهم لعوامل الخير والشر فيها؛ وفي قدر تصميمهم على النزوع إلى الجريمة، ومسائل للتجهيز لها وتبديرها. وليس ذلك من الحقيقة في شيء، فالجريمة لا تحركها وحدة الاتجاه بين مقارفيها، وإنما الأصل فيها أنها عارض يطرأ على حياتهم بما يبذلها إلى الأسوأ.

٦٤١- وكان منطقيا بالتالى أن تزوج القوانين الجنائية بين أمرين: أولهما: الطبيعة النوعية للقيم الخلقية للكامنة وراء السلوك منظورا إليها من زاوية اجتماعية.

ثانيهما: الطبيعة الشخصية لنوازع الشر والحقن التي تصور الحالة الذهنية الجانى لحظة ارتكابه الجريمة.

ولئن كان الشخص -فى المفاهيم للتقليدية القديمة- يعتبر مسئولاً عن كل فعل أتياه إذا أضر بنفس أو بمال غيره، ولو لم يبلور هذا الفعل سلوكا مقصودا دالا على حالة ذهنية واعية؛ إلا أن النظم الجنائية فى تطورها الراهن، تولى اهتمامها لتلك الحالة الذهنية كأحد العناصر للشخصية التى يتمنى فصلها عن الجريمة فى مآلتها. بل إن هذه النظم تنظر إلى الجريمة الأكثر خطرا من الوجهة الاجتماعية، باعتبارها مقتضية تحقيقا أشمل وأعمق فى الحالة الذهنية التى كان عليها الجانى حين ارتكباها.

ذلك أن هذه الحالة هى التى تنشئ بقدر إدراكه للقيم التى تخلى عنها، ودرجة وعيه بالأفعال التى ارتكباها، وخطورته بالتالى على الجماعة التى يعايشها.

فلا يكون الجزاء الجنائى غير تقدير من الجماعة لتكبير تراه كافيا لقمع الجريمة، أو لتقصاص من فاعلها. وهو جزاء يرتبط بقيم الجماعة التى ترتد بعض جذورها إلى الدين، لتبلور هذه القيم فى مجموعها إطار لقوانين الجنائية، ونطاق الضرورة الاجتماعية التى توجهها.

ولئن جاز للقول بأن تلك القيم متطورة بطبيعتها؛ وأن معاييرها غير ثابتة؛ وأن بعض ملامحها قد تتراجع لتحل محلها مفاهيم تغايرها؛ وأن أهمية الدين وضرورته قد تتآكل، وقد يفقد مكانته بصفة كلية أو جزئية، بما ينال من القيم التى يروج الدين لها، خاصة عند هؤلاء الذين يرونها مناقضة للحقائق المادية فى الحياة، وما تتوخاه من ضمان حق الناس جميعهم فى الرخاء الاجتماعى، وتحقيق السعادة التى يعملون من أجلها بغض النظر عن العقائد جميعها، إلا أن هذه الحقائق المادية لا يجوز أن تعمل إطارا نهائيا للقيم التى تعكسها القوانين الجزائية، ولا أن تعرض عليها تساهلا أعمق، أو تسامحا أبعد فى مجال القيود التى تقتضيها من الأفراد فى سلوكهم داخل الجماعة.

ذلك أن هذه القوانين لا تزال في أساسها قوانين للقيم الخلقية التي ارتضتها الجماعة، والتي يتحدد على ضوئها ما ينبغي أن يفعل كل فرد فيها، وما لا يجوز أن يفعل من زاوية اجتماعية Do's and dont's ليفرض للقضاة هذه القوانين في أولمها ونواهيها، على من يخالفونها بكل القوة التي في أيديهم^(١).

(١) انظر في ذلك

1. Johnson's Cases, Materials and text on criminal law, fourth edition, 1988.
2. Carlson's adjudication of criminal justice. Problems and references, 1986.
3. Abram's federal criminal law and its enforcement, 1986.
4. American criminal justice process: selected rules, statutes and quidelinens, 1989.
5. Langbein's Comporative criminal procedure: Germany, 1977.
6. See also: Lambert. v. California, 355 U.S. 225, 1957.
7. Philip. E. Johnson, Criminal Law, cases, materials and text, fourth edition, pp. 1-61.

المبحث الثاني تطور القوانين الجنائية

٦٤٢- اقتصر القانون الجنائي في البداية على جرائم القانون العام التي ألفها الناس في أعرافهم في محيط اجتماعي معين Customary law common to all the realm، كالقتل والحريق. إلا أن هذا القانون جاوز في العمل حدود هذه الدائرة الضيقة، وانتقل إلى محيط أوسع خاصة بعد تطور الجماعة في احتياجاتها، وتعقد وسائلها في الحصول عليها، وتركز سكانها، وتداخل علاقاتهم وتشابكها وتنوع صورها، وتزايد فرصهم في اللجوء إلى الحقائق العلمية التي تتنوع على ضوءها أشكال الجريمة، وأدواتها وطرق إيفائها؛ بل وتنظيمها في إطار معقد، وبقاعدة أعرض.

وصار ينظر إلى الجزء الجنائي في مواجهة هذا التطور باعتباره بديلاً عن صور الجزء الفاصلة التي ينص القانون المدني عليها، وأداة لا محيص عنها لحمل الجناة المحتملين على التخلي عن الجريمة، إذا قدروا أن ما يغمونه من فائدة منها، أقل مما يتوقعونه من قصاص عنها.

٦٤٣- ونظراً للقوانين الجنائية -وهي من عمل المشرع- الأداة الأكثر فعالية لفرض النظام العام وتحقيق استقراره من منظور قوة الردع الكامنة فيها، والتي ترد عن الجريمة جناة محتملين، خوفاً من عقوبتها التي تقيد حريتهم إذا هم قار فوها.

فلا تكون قوة الردع هذه، غير قوة طاردة للجريمة، ونهاية عنها في آن واحد.

بيد أن القوانين الجنائية قد تكون أداة قهر أو وسيلة إصلاح اجتماعي بالنظر إلى السياسة التي ينتهجها المشرع في مجال إقرار القوانين الجنائية التي لا يصلحها أن تكون تعبيراً عن طغيان السلطة؛ وإنما يقيها على موافقتها أن تبلور في مواجهة الجماعة التي تنظمها، رد فعل مرن لاحتياجاتها في زمن معين. فلا تكون هذه القوانين ضرباً من الخيال؛ ولا اقتحاماً غير مقبض لطرق لا يعرفها أحد. وإنما تصاغ من منظور واقعي؛ وعلى ضوء ضرورة فعلية -لا وهمية- وبمراعاة احتياجاتها التي لا يفترض دوماً أن تتعاصر معها القوانين الجنائية.

إذ من المتصور أحيانا أن تبصر هذه القوانين تلك الضرورة بعد أن تتوافر إرصاداتها
التي تنبئها بها، ولكنها تتراضى عن مواجهتها وإن كان لا يجوز لها أن تنقدها، ولا أن تتلخّص
عنها بخطى بعيدة.

وهذه الضرورة -منظورا في تحديدها إلى أوضاع الجماعة ومتطلباتها- هي التي يتعين
تمييزها عما يطرأ عليها من عوارض لا تصيبها في صميم مصالحها، أو جوهر توجهاتها؛
ولكنها تكون محدودة في أثرها، موقوتة في زمنها، معبرة عن أوضاع مرحلية مألها إلى
و زال. وليس لها بالتالي من عناصر الاستقرار ما يكفل ثباتها، فلا تنظمها القوانين الجنائية
التي يتعين أن تظل سارية لأجل معقولة، بما يكفل قدرتها على مواجهة أوضاع لها من
دوامها ما يرشح لتنظيمها بنصوص قانونية تكفل تكيفها معها؛ ومن وضوحها ودرجة أهميتها
ما يقتضى التدخل بالجزاء الجنائي لتأمين المصالح الحقيقية التي ترتبط بها، من العدوان
عليها.

ومن مجموع هذه العناصر، تبلور تلك الأوضاع، نطاق الضرورة الاجتماعية التي تقوم
عليها للنظم الجنائية، آخذة كذلك في اعتبارها أن الأفراد هم محورها، فلا يصوغ المشرع هذه
النظم كدأء توجهها السلطة السياسية لإهماع خصومها؛ ولا لقمهرهم اجتماعيا؛ ولا لتحقيق
أغراض لا رابط بينها. ذلك أن للنظم الجنائية منظومة تتكامل عناصرها، وتتوافق توجهاتها،
وتتحدد أحكامها على ضوء أثرها على الجماعة، منظورا إليها في مجموع أفرادها^(١).

(١) Ronald D. Rotunda: Modern Constitutional Law, Cases and Notes, fourth edition,
pp. 339 - 384; Edward L. Barrett, William Cohen and Jonathan D. Varat,
Constitutional Law, Cases and Materials, eighth edition, pp. 1244- 1252; Gerald
Gunter, Constitutional Law, twelfth edition, pp. 411, 429; Gerald Gunter,
Individual rights in Constitutional Law, fifth edition, pp. 82 - 100.

المبحث الثالث

الجزاء الجنائي - من منظور عام

المطلب الأول: مفهوم الجزاء الجنائي

٦٤٤- ليس للجزاء الجنائي إلا عقابا واقعا في إطار اجتماعي. وكلما كان قاسيا صار محظورا. بل إن بعض الدول تعتبر توقيعه جريمة معاقبا عليها^(١).

ولا يفترض هذا الحظر، إلا بتمحض الجزاء الجنائي لإيلا في غير ضرورة، سواء تعلق الأمر بمضمون الجزاء، أو بالطريقة التي يتم تنفيذها بها بعد النطق به. وهو بذلك يتصل من بعض نواحيه، بالكيفية التي يعامل بها المحتجزون في أماكن إيداعهم، وبشروط بقائهم فيها، وأوضاع حياتهم بها. ويرتد هذا الحظر تاريخيا، إلى وثيقة العهد الأعظم Magna Carta^(٢). وصار العمل به جزءا من القوانين المعمول بها في إنجلترا بعد إدراجه في وثيقة إعلان الحقوق بها عام ١٦٨٩^(٣)؛ وكان ما توخاه ابتداء هو مواجهة بعض صور الجزاء التي كان معمولا بها آنذا، والتي تنتم بطبيعتها البربرية التي يندرج تحتها عرض المدانين في مكان عام تحقيرا لهم واستهزاء بهم، وانزعاج أطرافهم، وفصل أعناقهم Decapitation ، وتمزيق أبدانهم^(٤).

(١) حظر التحديق الثامن للدستور الأمريكي توقع أية عقوبة قسرية وشاذة. Cruel and unusual punishment. انظر في معنى العقوبة القسرية.

Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1978); David Fellman, The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, 1958, pp.383-420.

(٢) ينص الفصل ٢٠ من هذه الوثيقة (١٢١٥) على ما يأتي:

A Free man shall be amerced for a small offence only according to the offence, and for a grave offence he shall be amerced according to the gravity of the offence .

وترجمتها: يعاقب الرجل الحر عن الجرائم الصغيرة وفقا لدرجة الجريمة؛ وعن الجرائم الخطيرة ولحق جسامتها. أو هذا هو مبدأ التفاضل بين الجريمة والعقوبة.

(٣) ينص الفصل العاشر من وثيقة إعلان الحقوق في إنجلترا لعام ١٦٨٩، على ما يأتي:

That excessive bail ought not to be required, nor excessive Fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted.

(٤) كانت أغلب الجنايات يعاقب عليها في إنجلترا بالشنق. وفي بعض الجرائم الخطيرة -كجريمة الخيانة-

كان يجوز تمزيق جسد الشخص إلى أجزاء أربعة. وفي المستعمرات الأمريكية كان يتم تحقير المذنبين في ميدان عام بعد ربطهم من أعناقهم ولأيديهم. وكان الجلد كذلك شلما في جرائم كثيرة، وكان دفن الجناة أحياء عقوبة مسموح بها.

٦٤٥- وصار مفهوم أن العقوبة لا يجوز أن تكون غلواً مجاوزاً حد الاعتدال؛ وأن شذوذها من عناصر قسوتها، يندمج فيها ولا يستقل عنها. واليوم يعتبر حظر الإفراط في العقوبة من طبيعة عالمية علي ما تنص عليه المادة ٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨^(١).

فلا نكون إلا أمام شيء واحد، هو العقوبة القاسية التي ترفضها المفاهيم التي ألفتها الأمم المتحضرة في مجال للنظم العقابية.

ونقرر كذلك أن كل عقوبة جديدة، لا تعتبر بالنظر إلى جنتها وحدها Perse منافية لهذا الحظر؛ وأن قسوتها لا تتحدد فقط بالنظر إلى مضمونها، وإنما كذلك على ضوء انفراط تناسبها بصورة ظاهرة مع نوع وخطورة الجريمة التي ترتبط العقوبة بها، وعلى الأخص كلما فرضها المشرع بطريقة تحكيمية تتجرد من حقائق العدل وتصادمها.

ولا تزال المعايير التي تتحدد على ضوءها قسوة للعقوبة مختلفا عليها، وإن وجب القول بأن مجرد وقوع العقوبة التي اختارها القاضي في إطار حدين تقررا بنص تشريعي، ليس كافيا للحكم بدستوريتها؛ وأن قسوة العقوبة، وإن كان ينظر إليها في الماضي باعتبارها مرادفة للعقوبة البربرية؛ إلا أن تطور المفاهيم الإنسانية وثباتها في موازين السدول الديموقراطية. وأعرافها وطرائق سلوكها، أدخل هذه المفاهيم في مجال العقوبة، وجعلها قيدا عليها تصوبها وتقيدها من غلواتها.

وارتبط النظر في دستورية العقوبة بالتالي، بقدر توافيقها مع حقائق العدل؛ ورضاء الجماهير عنها، وقبولها بها من منظور المقاييس المتطورة التي لترتبتها الأمم المتحضرة، والتي تدل على ارتفاع وعيها وحسها، ونضجها.

المطلب الثاني

معايير قسوة العقوبة

٦٤٦- وحتى اليوم لا توجد معايير مقطوع بها تتحدد على ضوءها قسوة العقوبة أو لينها، وإن تعين أن نقرر:

(١) تنص المادة ٥ من هذا الإعلان عن عدم جواز تعذيب أي فرد أو تعريضه لعقوبة أو معاملة غير إنسانية أو محطاة بالكرامة.

أولاً : أن وجود عقوبة الإعدام في بعض النظم، وإمكان توقيفها في نطاقها، لا يخول السلطة التشريعية أن تتدع من خيالها لية عقوبة تراها دونها^(١).

ثانياً : أن العقوبة التي يفرضها المشرع لا تتحدد قسوتها أو اعتدالها على ضوء أرق المشاعر وأعنفها نبلا. وإنما يتعين أن ينظر إلى وقعها على أوساط الناس، وإلى الأوضاع التي ألفوها ودرجوا عليها في وزنهم لخطورة الجريمة، ونوع وقدر العقوبة التي يفرضها المشرع جزاء عليها، وما إذا كان توقيفها في حالة بذاتها يوافق شرط الوسائل القانونية السليمة^(٢).

The idea that punishment could be cruel and unusual not in the abstract, but because it did not "fit the crime" to which it was attached.

المطلب الثالث

معايير قسوة العقوبة تتصرف كذلك إلى طريقة تنفيذها

٦٤٧- وحتى وقت قريب، كان ينظر إلى الحكم بدمورية العقوبة التي وقعتا المحكمة على المحكوم عليه، باعتباره منبها لكل نزاع حولها، ولو تعرض من أئين بالجريمة لمخاطر جوهريه، وواجه أوانا من المعادة لا قبل لأحد بتحملها لثناء تنفيذه للعقوبة المقرر لها؛ قولا بأن دستورية العقوبة تتحسم بصدورها وفق الدستور، أيا كان شأن تنفيذها.

وهو ما لا يجوز القبول به اليوم، على تقدير أن السجناء لا تجوز معاملتهم بوصفهم أرقاء للدولة، تستعبدهم وتحطهم بعذابها بعد صبه عليهم، أمنة من أن السلطة القضائية لا تحم نفسها عادة في أوضاع السجون وطرق إدارتها وكيفية تعاملها مع المودعين فيها Hands off doctrine، وأن العقوبة التي وقعتا السلطة القضائية في شأن شخص معين أئين بالجريمة، تحمل معها قيودا تتال من الحرية الشخصية. وأن المذنبين بالتالي لا يملكون غير الحقوق التي تكلفها نظم السجون ولوائحها متوخية ضبط الأمن فيها حتى لا يتردد المودعون بها، خاصة وأن من المفترض في القائلين على إدارة السجون، توخيهم تحقيق الأغراض التي تستهدفها للنظم العقابية. وهي أغراض يحبطها تكل السلطة القضائية في كيفية تنفيذها.

بيد أن وجهة النظر هذه، تقتقر اليوم إلى مؤيدتها. ذلك أن السجون وإن كان لها احتياجاتها التي يقتضيها ضبط الأمن وضمان السيطرة على نزلاتها؛ إلا أن احتياجاتها هذه

(١) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958) at 99.

(٢) See, Ropert F.Cushman, Cases in Constitutional Law, seventh edition.P.339.

يتعين موازنتها بحقوق هؤلاء، فلا يضارون في أبدانهم أو عواطفهم تعديا عليهم ما فتئوا مودعين بها^(١) ولنن جاز بالتالي استكمال القوة لإنهاء تمرد في السجون، إلا أن استخدام القوة الزائدة للسيطرة عليه، لا يعتبر مخالفا للمستور إلا إذا تم بمسوء قصد، وبطريقة سادية Maliciously and sadistically، ولو لم يكن للضرر الذي أصاب السجناء جسيما^(٢).

وصار ثابتا بالتالي أن أوضاع السجون يتعين مراقبتها قضائيا، وأن كل قيود تضيفها إلى العقوبة لتزيد من وطأتها؛ لا يجوز القبول بها؛ وأن للمنذبين حقوقا لا يجوز الإخلال بها حتى أثناء سجنهم؛ وأن معاملتهم داخلها بصورة تعسفية، يشملها مفهوم العقوبة القاسية المحظورة دستوريا، خاصة إذا أعيقوا عن النفاذ إلى متطلباتهم الصحية، كإيداعهم عرايا في زنائزهم، وحرمانهم من الحصول على أدويتهم.

ولا يعني ما تقدم أن تحل السلطة القضائية محل للقائمين على إدارة السجون في أعمالهم، ولا أن تتدخل في طريقة ضبطهم لها. وإنما تتحدد نقطة التوازن فيما جاوزوا فيه المعايير المنطقية التي يقتضيها إشراكهم على السجون المعهود إليهم بإدارتها، وهو ما يتحقق كلما عاملوا نزلاءها بما يتحصى عن إعانتهم أو ترويعهم أو الإضرار بهم، أو حتى للتخلي عن حمايتهم من عدوان رفاقهم عليهم. إذ لا يجوز أن يؤنبهم أحد ليا كان موقعه؛ ولا إرهابهم بما لا طاقة لهم به؛ ولا إنكار حقوقهم تزييد من وطأة عقوبتهم.

وبوجه خاص، لا يجوز أن تهبط أوضاع السجناء إلى ما دون الحد الأدنى من احتياجاتهم التي تتطلبها الضرورة لصون حياتهم مما يتلقاها. ذلك إن الإخلال بأقل قدر من الحقوق الجوهرية التي كفلها المستور لهم، أسوأ أثرا من أن يظل شخص راجحة خطورته، مطلق السراح.

ويتعين القول بالتالي بأن الحقوق التي يجوز حرمان السجناء منها هي فقط تلك التي تقتضيها أغراض العقوبة المحكوم عليهم بها. فإن جاوز مقدار الحرمان نطاق هذه الأغراض؛ فإن القيود التي تفرضها السجون عليهم دون مقتض، تعتبر جزءا من العقوبة مضافا إليها، بما يصممها بمخالفة للمستور بالنظر إلى مجاوزاتها قدر العقوبة المحكوم بها عليهم، والتي يمثل استيفاءها حق مجتمعه في لقتضائها.

(١) Rhodes v. Chapman, 452 U.S.337, 345 (1981); Hutto v. Finney, 437 U.S. 685(1978).

(٢) Hudson v. McMillian, 112 S.Ct. 995, 1000 (1992).

وإذا كان من المسلم أن تأهيل المذنبين يقع في نطاق الأغراض التي تتوخاها النظم العقابية، فإن كل إجراء يتخذ للقائمون على إدارة السجون لحصلهم الاتصياح للقانون والتقييد بأوامره ونواهيه، يعتبر خطوة حيوية في اتجاه إعدادهم لحياة جديدة يعاقون فيها الجريمة بعد الإخراج عنهم، ويردون أنفسهم عنها.

ولا كذلك معاملتهم بما يناقض الدستور والقانون، إذ يثبتهم تحك إدارة السجن فيهم، وتسلطها عليهم دون ما ضرورة، عن التعاون معها من أجل تأهيلهم للحياة الجديدة التي يأملونها.

بل إن معاملتهم في السجون بما يناقض حكم الدستور والقانون، يعادل في أثره فرض عقوبة قاسية عليهم بغير مبرر. وبالتالي لا يكون لإيداعهم بها من مقتض.

ذلك أن القانونين على إدارة السجون، يفقدون الحق في احتجاز المذنبين داخل أسوارها، إذا حجبوا عنهم حقوقا يملكونها وفق الدستور والقانون، وكذلك إذا أساءوا معاملتهم من خلال إهانتهم والإضرار بهم باسم القانون.

المطلب الرابع

صور من العقوبة القاسية

٦٤٨- والمفاهيم المتقدمة جميعها، مؤداها:

أولا : أن العقوبة القاسية لا تنحصر في أشكالها البربرية غير الإنسانية، ولكنها تشمل كذلك كل عقوبة تفقد بصورة ظاهرة، تناسبها مع الجريمة مطها وذلك بالنظر إلى عوامل مختلفة يندرج تحتها طول منتها أو شذوذها^(١).

(١) وفي ذلك تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قضية:

Salem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983).

Cruel and unusual punishments clause, prohibits not only barbaric punishments, but also sentences that are disproportionate to the crime committed.

انظر أيضا:

O'Neil v. Vermont, 144 U.S. 323, 339-10(1892); Howard v. Fleming, 191U.S.126, 135-36(1903); Weems v. United States, 217 U.S. 349(1910).

وفي هذه القضية الأخيرة قضت المحكمة بأن ارتكاب شخص جريمة تزوير في سجل علم، لا يسوغ توقيع عقوبة عليها منتهى السجن مع الأشغال الشاقة ١٥ عاما يقضيها المسجون مقيدا بالسلاسل الحديدية في قمم معصية فضلا عن حرمانه من كافة حقوقه السياسية، وإخضاعه لمرقبة الشرطة بعد انتهاء مدة العقوبة.

ثانياً: يتعين أن يؤخذ بمعايير موضوعية في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة، وهي معايير يندرج تحتها في الدول الفيدرالية:

١. درجة خطورة الجريمة ومبلغ انتفاع العقوبة.
٢. العقوبة التي وقعها القضاء على مجرمين آخرين داخل حدود الولاية فني شأن الجريمة ذاتها.
٣. العقوبة المقررة للجريمة عينها في الولايات الأخرى.

ثالثاً : أن العقوبة القاسية شأنها شأن الغرامة المغالي فيها، كلاهما يتمحص غلوا ويبلور بالتالي سلطة مطلقة Unrestrained power. غير مقيدة بقيم العدل التي لا يجوز التخلي عنها.

رابعاً : لا تجوز معاقبة شخص أدمن تعاطي الكحول. ذلك أن عقوبة علي هذا النحو تعتبر جزاء علي حالة مرضية تتصل به، وتعمله عضوياً علي الإغراق في تناول الخمر Addiction to the use of drugs. وهي حالة لم تقتن بأفعال أتاها تشكل في مفهوم القوانين الجزائية سلوكاً معاقباً عليه قانوناً ولا يجوز بالتالي معاقبتهم جنائياً" علي حالتهم هذه التي لم يصحبها إتيانهم أفعالاً جرمها المشرع. وكل جزاء علي حالة قائمة أياً كان سببها Mere status يعتبر قاسياً ، ولو كان لمدة قصيرة (١).

خامساً : لا شأن لمفهوم العقوبة المحظورة دستورياً، بالنظم المدنية. ذلك أن العقوبة القاسية التي حظرها الدستور تقتض:

١. تحديد صور وأنواع الجزاء التي يجوز توقيعها علي الجناة المدانين بارتكابهم لجريمة.

٢. حظر كل جزاء يختل -في إطار المفاهيم المعاصرة- تناسبه بصورة ظاهرة مع خطورة الجريمة أو جسامتها.

٣. تقرير قيود موضوعية علي الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقابها. وتلك جميعها ملاحق تتفرّد بها النظم الجنائية (٢).

(١) Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).

(٢) Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651, 667 (1977).

سابعاً : لا يجوز لقاض أن يدخل في تقديره للعقوبة ما لم تطرح عليه، من عناصرها. كسخط الجماهير علي المتهم أو تعاطفها، وعمق غضبها من فعله أو تسامحها^(١).

ولا كذلك الظروف التي تتعلق بشخص ضحية الجريمة، أو نوع الأضرار التي سببها لعائلته، كالصدمة العنيفة أو الآلام النفسية أو الخسارة الفادحة التي ألحقها بها. إذ يجوز أن يدخلها القاضي في اعتباره لتحديد مقدار العقوبة التي يوقعها^(٢).

سابعاً : ويمكن القول بوجه عام، أنه كلما كان الإجراء قاسياً بالنظر إلي الآثار الممنوعة التي يترتبها، فإن موضوعية الإجراء، يكون أكثر أهمية إذا توخينا أن يكون إجراء معقولاً ومبرراً بوضوح في مجتمع ديمقراطي حر^(٣).

The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

^(١) California v. Brown, 479 U.S. 538 (1987).

^(٢) Payne v. Tennessee, 510 U.S. 808 (1991).

و قد عدلت المحكمة علي حكمها في القضية السابقة وذلك في قضيتهم.

^(٣) Booth v. Maryland, 482 U.S. 496 (1987).

^(٤) Frank Iacobucci, Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, in Human Rights and Judicial Review – A Comparative Perspective 1994, volume 34, p.120.

المبحث الرابع المركز الخاص لعقوبة الإعدام

٦٤٩ - لا تعتبر عقوبة الإعدام عقوبة قاسية. ذلك أن كثيرا من للنظم الجنائية لا تزال تطبقها، والقبول العام بها لا يمنعها^(١).

وهي تبلور الحق في الفصل في حكم الله تعالى. ولئن قال البعض بأن هذه العقوبة تنافي كرامة الإنسان، وإنها غير خلقية وتنتم بالمعالة، وأن توقيعها يتطرق غالبا بالفقراء الذين لا يملكون الموارد الكافية التي يتهاى لهم بها فرص الدفاع عن أنفسهم، بما يخل بشرط التكافؤ في المعاملة القانونية بين المعوزين والقادرين. فضلا عن أن تطبيقها يتم بسنق الاندفاع وبطريقة تحكمية، وإنها في كل الظروف تحقق هدفا مبررا^(٢).

إلا أن أوجه النقد هذه لا تتصل بعقوبة الإعدام في ذاتها، وإنما بشروط تطبيقها. وهي شروط يتعين أن يحرص المشرع على ضبطها بما ينفي التحكم في توقيعها، ويجعل فرضها مقصورا على الجناة الذين يعمدون بأفعالهم إلى إزهاق أرواح الآخرين. ومن ثم تكون عقوبة الإعدام غير مخالفة في ذاتها Persه للدمستور، ولكنها تكون كذلك إذا فرضها المشرع بطريقة آمرة لا يكون للقاضي معها ثمة خوار في توقيعها أو إيدائها بعقوبة أكل.

وكذلك تعتبر عقوبة الإعدام مخالفة للدمستور إذا لم يحط المشرع فرضها بضوابط تنفي للتحكم في تطبيقها. وهو ما حمل المشرعون على أن يكونوا أكثر حرصا في صياغتهم لضوابط هذه العقوبة وموزين إعمالها حتى لا تفرض بصورة آلية.

ومن ذلك أن يحدد المشرع الظروف المخففة والمشددة التي يتعين أن يدخلها القاضي في اعتباره قبل فرض العقوبة. ونظا لعقوبة الإعدام شرعيتها في الدور التي يتجه مواطنوها بوجه عام إلى القبول بها، وينظرون إليها بالتالي بوصفها جزءا ملائما وضروريا لا يناهض كرامة الإنسان ولا يحقرها. ولا يجوز بالتالي أن لجهة الرقابة على الدستورية، تستعاض عن تقدير المواطنين ملامة هذه العقوبة وضرورتها، بتقديرها الخاص لاسميا. وأن الأصل في تلك العقوبة - شأنها في ذلك شأن كل جزء جزائي - أن تحمل معها قرينة الصحة التي لا تسقطها -في مجال الرقابة على الدستورية- غير براهين قوية على مخالفتها للدمستور.

(1) Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).

(2) See statements of justices Marshal, Brennan, Stewart and Douglas in the above referenced case.

وكلما قدر المشرع أن عقوبة الإعدام تحقق مفاهيم الردع المقصودة منها، فصعبه أن تكون تلك هي رؤياه في شأن أكثر الجرائم خطراً وأشدّها قسوة.

بيد أن عقوبة الإعدام وإن لم تكن في ذاتها مخالفة للدستور إلا أن القواعد الإجرائية لشروط تطبيقها، هي التي توليها جهة الرقابة علي الدستورية اهتمامها توفيقاً للتحكم في إنزالها علي الجريمة، وحتى يوقعها القاضي في إطار موازين تشريعية منصّفة يندرج تحتها طبيعة الجاني، ودرجة ميله إلى الإجرام، وخصائص الجريمة التي ارتكبها وظروفها.

فضلاً عن إتاحة الطعن في الحكم الصادر بها. بل إن من النظم الجنائية ما يقرر مرحلتين في شأن عقوبة الإعدام: أولاهما: تلك التي تتعلق بقيام الجريمة في ذاتها من جهة إثباتها. وثانيتهما: مرحلة النطق بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة من جهة توافر ظروفها المشددة أو المخففة أو تظلماتها^(١).

ولا يجوز في هذا الإطار معاقبة قاتل بالإعدام بمجرد تصرفه أثناء القتل بطريقة غاضبة أو غير مبالية. ذلك أن القتل جميعهم يبدون في هذه الصورة^(٢).

ويتعين كذلك أن يدخل القاضي في اعتباره -وقبل توقيعه لعقوبة الإعدام- طبيعة الجاني وسجله الجنائي وأوضاع الجريمة التي ارتكبها، وكافة ظروفها المخففة حتى تلك التي لم ينص عليها المشرع، وذلك حتى يكون توقيعه لهذه العقوبة، أو لعقوبة أقل منها، منطوقاً^(٣)، قائماً على النظر في الجريمة على ضوء كافة ظروفها والأوضاع التي تتصل بمرتكبها^(٤).

٦٥٠- وتكون عقوبة الإعدام مخالفة للدستور إذا فرضها للمشرع في شأن جريمة غير خطيرة؛ أو كان فرضها، لا يسمم بصورة معقولة في تحقيق الأغراض التي يقوم التجريم

(١) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153, 195, 198 (1976).

(٢) Godfrey v. Georgia, 446 U.S. 420 (1980)

(٣) Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 (1978) at 604

(٤) Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280, (1976); Eddings v. Oklahoma, 455 U.S. 104, 110 (1982).

ويلاحظ أن الظروف المشددة للجريمة، يتعين أن ينص عليها المشرع، على خلاف الظروف المخففة التي يجوز أن يستخلصها القاضي من قرآن الأحوال بالنظر إلى طبيعتها الإنسانية وصلتها المباشرة بطبيعة مرتكب الجريمة وظروفه الخاصة. ولا كذلك الظروف المشددة، إذ هي عمل تشريعي يتوخى حصر الجناة الذين يستحقون عقوبة الإعدام. فلذا وقع الجاني في الدائرة الضيقة للجناة الذين يستأهلون هذه العقوبة، فلن على القاضي بعدئذ أن ينظر في سجل الجاني وكافة الظروف ذات الصلة بالجريمة التي ارتكبها.

عليها، بما يجعل توقيعها منطويا علي إحداث آلام لا مبرر لها، ومعاناة لا فائدة منها
Purposeless and needless imposition of pain and suffering.

وتبطل هذه العقوبة كذلك إذا اخلت تناسبها بصورة ظاهرة مع طبيعة الجريمة مجتها.

وهو ما يتحقق على الأخص إذا وقعها قاض علي جان لم يقتل بنفسه، ولم يشرع في
القتل، ولم يقصد قتل أحد.

ولا كذلك أن يكون الجاني قد أسهم في الجريمة بصورة فطية، ولم يكن يمتنع كثيرا أن
يسفر ارتكابها عن القتل، أو لا يكون للقتل نتيجتها.

وقد يكون الجاني بكامل الأهلية وقت ارتكابه الجريمة، وقت الفصل فيها والنطق بعقوبة
الإعدام عنها. فإذا صار مختل العقل في مرحلة لاحقة، فإن تنفيذ هذه العقوبة يتمحض عن
سوء ظاهرة لا مبرر لها، خاصة وأن إعدام المجنون لا يحقق الأغراض التي تستهدفها
القوانين الجنائية. وهو كذلك يناقض وثائق إعلان الحقوق^(١).

ولا كذلك المتخلفون عقليا، إذ يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام فيهم، ولو دل إحصاء علي
منافاة هذا للتنفيذ للقيم الإنسانية. إذ ليس للدلائل الإحصائية من أثر علي الضوابط الدستورية،
وخاصة وأن تنفيذ عقوبة الإعدام في شأن المتخلفين عقليا، وإن جاز اعتباره عقوبة قاسية إذا
كان هؤلاء ينفقون إلي الأهلية الكافية التي يتدرون بها خطأ أفعالهم، إلا أنهم يدخلون في
زمرة مختلفة عن الملتأئين عقلا، كلما قام الدليل علي أن ملكاتهم العقلية لم تمنعهم من مواجهة
التهمة والعمل علي إحضارها^(٢).

وكل ما هو مطلوب في شأنهم هو تفريد العقوبة الخاصة بهم علي ضوء خصائص
تكوينهم العقلي وظروفهم الشخصية، ولأوضاع الجريمة التي قارفوها. ذلك أن تظلمهم عقليا،
يعتبر ظرفا مخففا يتعين أن يؤخذ في الاعتبار، مثلهم في ذلك مثل الجناء الذين تعرضوا في
طفولتهم لاغتصابهم جنسيا أو غير ذلك من مظاهر سوء استعمال السلطة الأبوية Abused
Background. وكما يجوز إعدام المتخلفين عقليا، يجوز كذلك تطبيق العقوبة ذاتها بالنسبة إلي
القصر الذين بلغوا السابعة عشرة أو السابعة عشرة^(٣).

(١) Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399 (1986).

(٢) Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302, 335 (1980).

(٣) Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

٦٥١- ويظل المعيار الحاسم في مجال تحديد معقولية العقوبة، لجهادا قضائيا، ومفترضا أوليا لضمان تدرجها وتناسبها مع الجريمة كلها. ودون ذلك حقائق العدل التي تعطىها المفاهيم المعاصرة أهمية كبيرة. ويتعين أن يكون واضحا في الأذهان، إن شدة العقوبة لا تكل بالضرورة على قسوتها.

A severe punishment is not necessarily a cruel one.

ذلك أن نطقها قد يكون تقديرا منطقيا من المشرع لخطورة الجريمة.

٦٥٢- ولئن كان الأصل في القوانين بوجه عام، هو حملها على الاستراض موافقتها للمستور على تقدير أن المشرع عادة يحدد بطريقة أفضل نطاق العقوبة الملائمة للجريمة؛ إلا أن هذا الافتراض يخل بصدد كل عقوبة لا تألفها الدول بوجه عام في شأن مقاييس التجريم محددة على ضوء أعرافها وتقاليدها، لتجاوز العقوبة حدود الاعتدال، بقدر مصادمتها للقيم الخلقية لأوساط الناس على ضوء النظرة التي يتقنون بها ما يعتبر حقا وملائما في شأن جريمة بذاتها في إطار كلفة ظروفها^(١). ويتعين بالتالي أن يكون غلوها ظاهرا "بوجه عام بالنظر إلى خروجها على الضوابط المنطقية التي ينبغي أن تحيط بها، فلا يتقبلها الضمير الاجتماعي"^(٢).

ومن المنصور أن يظل المشرع العقوبة في شأن جرائم لها من خطرها وسوء عواقبها ما يقتضي أخذ جناتها بالحزم لردعهم عن الإقدام عليها أو المضي فيها كجرائم القتل والسوقة باستعمال السلاح أو بالمواد المتفجرة، وموقعة امرأة جبرا، واختطافها، وجرائم الدعارة. على أن يكون مفهوما في كل حال أن قابلية العقوبة للعفو عنها، لا تحول دون النظر في قسوتها أو اعتدالها؛ وأن الغرامة المغالي فيها شأنها شأن العقوبة التي يجاوز مبلغها الحدود المنطقية، كلاهما يؤكد؛ وأن كل عقوبة تتلقض بصورة واضحة الأغراض التي يستهدفها التجريم، تنفّر بالضرورة إلى مبرراتها؛ وأن المعاملة غير الإنمائية -كذلك التي تنطوق بالتحقيق مع المتهمين

^(١) Weems v. United States (1910) 217 U.S. 349.

^(٢) جرد أحد الجنود الذي كان قد هجر وجنحه العسكرية ليوم واحد، وعاد إليها، باختياره، من صفته كموطن. وقد تبين للمحكمة العليا للفيدرالية الأمريكية أن عقوبة على هذا النحو من الغلظة، لا مثيل لها إلا في دولتين اثنتين فقط.

Trop. V. Dulles (1958) 356 U.S. 86.

وقد ذكر القاضي فرانكفورتر في هذه القضية، أن تجريد المواطن من جنسيته يلحق به مصورا أسوأ من الموت.

It can be seriously argued that loss of citizenship is a fate worse than death.

وهم واقفون أو محاطون بضوضاء صاخبة أو متصلة، أو محرومون من النوم والطعام مددا طويلة أو منقطعة - شأنها شأن العقوبة التي تقتصر إلى عناصر تتأسسها مع الجريمة في مخالفتها للدستور.

ذلك أن هذه المعاملة وتلك العقوبة، إن تجر وراءها غير معاناة عقيمة في فائتها تتلقى جوهرها وبصورة فجأة - موازين المنطق. وتخل كذلك بالقيم التي ألفها أوساط الناس واعتادوها في مظاهر سلوكهم^(١).

وعلى ضوء ما تقدم، ينبغي أن نلاحظ:

أولاً: أن لكل شخص قنيت حريته على وجه أو آخر، حقاً كاملاً في النفاذ إلى القضاء ليحصل على كافة الحقوق التي يزيل بها القيود على حريته، بما في ذلك الاتصال بكافة الملفات والوثائق التي لها صلة بالحقوق التي يطلبها وفقاً للقانون وفق شروط منطقية تستخلص من كافة الأوضاع ذات الصلة.

ثانياً: أن حق السجين في النفاذ إلى المحاكم جميعها، يشمل على حقه في إيداء دفاعه، وتلقى كافة الوثائق المتصلة بالدعوى والرد عليها، وبمراعاة أن تقدير محقولية النفاذ إلى المحكمة، من مسائل الواقع التي نستخلصها من كافة الأوضاع ذات الصلة.

وقد لا تكون العقوبة التي يفرضها المشرع أو التي يوقعها القاضي، مخالفة في ذاتها للدستور. وإنما تتأتى قسوتها، أو منافاتها لضوابط الاعتدال، من الكيفية التي يتم بها تنفيذها، خاصة من القائمين على السجون الذين يتعاملون بظلمة مفرطة مع المسجونين، ويصبون عليهم عذاباً متعدد الأركان، متكررين في ذلك بأن للسجون نظمها التي لا يجوز أن تخل توكفا لتمررد السجناء أو عصيانهم. وهو اعتبار لا يسوغ إساءة معاملتهم، أو إهانتهم، أو تعذيبهم على نحو أو آخر. ذلك أن آدميتهم تسمو فوق كل اعتبار.

ثالثاً: وكلما صدر عفو عن الجريمة، فإن الرجوع عن هذا العفو بغير الوسائل القانونية الملمية التي يندرج تحتها حق الدفاع، يناقض الدستور.

(١) O' Neil v. Vermont 144 U.S. 339 - 40 (1892); See also European civil liberties and the European Convention on Human Rights, A comparative study, edited by C.A Gearty, 1997, pp.98-99.

وقد قضى بأن من المخالفة توقيع عقوبة الإعدام على من اغتصب امرأة، أو على شخص لم يقتل بنفسه، وأن الأصل في عقوبة الإعدام أن تردع الذين صمموا على القتل، وغدوا العزم عليه.

رابعاً: لا يعتبر توقيع المحكمة لعقوبة ما على عدد من الملوئين يزيد على عدد البيض الذين تشملهم المحكمة بهذه العقوبة ذاتها، تمييزاً مخالفاً للدستور.

ذلك أن العقوبة التي تفرضها المحكمة في شأن من تدينهم بالجريمة التي اتهموا بارتكابها -أياً كان لونهم- من المسائل التي تدخل في نطاق سلطتها التقديرية، ما لم يرقم دليل على انحرفها -لا من الإحصاء- وإنما من خلال قرائن مادية تتضام إلى بعضها، وترجع إساءتها استعمال سلطتها في تقدير العقوبة.

خامساً: ولئن جاز القول بأن اعتبار عقوبة شاذة أو قاسية من المسائل التي تثير جدلاً عميقاً حول ماهية هذه العقوبة أو كنهها؛ إلا أن ثمة صوراً من العقوبة لا نزاع في حظرها، من بينها أن الحكم بإعدام شخص بالصدمة الكهربائية، وإن كان لا يعتبر عقوبة قاسية، شأنه في ذلك الإعدام شنقاً أو رمياً بالرصاص ولو بفرقة من الجنود A firing squad؛ إلا أن تعريض الجاني لصدمة كهربائية ثانية بعد إخفاق الأولى في قتله لعطل ميكانيكي أصاب الأجهزة التي تحدثها، يعتبر عملاً مخالفاً للدستور بالتالي.

سادساً: وتعتبر كذلك عقوبة قاسية، كل عقوبة من شأنها التكمير الكامل لمركز الشخص في الجماعة المنظمة التي يعيش فيها. ويندرج تحتها تجريده من حقه كمواطن. بل إن هذه العقوبة تعتبر أكثر بدائية من تعذيبه، وأسوأ أثراً، إذ يصير بسببها عديم الجنسية. فضلاً عن أن كل عقوبة لا يجوز القبول بها، إلا بشرط توافيقها مع المعايير التي للزمتها الأمم المتحدة لضمان إنسانيتها.

سابعاً: إذا كان الشخص عاقلاً وقت إتيان الجريمة، وظل كذلك، حتى صدور الحكم، فإن العقوبة المحكوم عليه بها، يتعين وقفها إذا فقد قواه العقلية أثناء تنفيذها. إذ لا يتصور أن يكون المجنون قادراً على فهم الأغراض التي يستهدفها الجزاء، ولا يجوز بالتالي تنفيذه بعد أن صار عديم التمييز، وإلا اعتبر الجزاء عملاً انتقامياً.

يؤيد هذا النظر، أن المجتمع، وإن كان يعطيه ضمان مصالحه وقيمه وأهدافه؛ إلا أن مسؤولية الفرد عن الإخلال بها، جدماً لإرادة اختيار الأفعال التي أتاها. فإذا فقد كل قدرة على التمييز قبل البدء في تنفيذ العقوبة أو أثناء هذا التنفيذ، فإن مفهوم القصاص كجزء على الأفعال التي أتاها، يصير منتقياً.

ثامنا : وكما ادعى محام أن موكله فقد قواه العقلية^(١). فإن الوسائل القانونية المسليمة تقتضى ألا يعهد بالفصل في هذا الشأن الخطير إلى جهة إدارية في تكوينها، أيا كان موقعها. وإنما يتعين أن يتولاه أخصائيون يثبتون في نطاق علمهم، توافر عامة العقل أو تخلفها. ولئن جاز القول بأن المقصود بعامة العقل في هذا المقام، هي تلك التي يصير بها الشخص عديم التمييز؛ وأن المتخلفين عقليا Mentally retarded people، لا يعتبرون كذلك، على تقدير أن تضاول قدراتهم العقلية لا يعنى زوالها. إلا أن ما نراه صوابا، هو أن المتخلفين عقليا وقت ارتكابهم الجريمة، لا يملكون كامل إرادتهم، ولا يعتبر إعدادهم بسببها جزاء منطقيا. وكذلك الأمر إذا كان للشخص حدثا. إذ يكون ناقص الأهلية وقاصرا عن التعبير الصحيح والمتوازن لحقيقة الأعمال التي ارتكبها.

تاسعا : وقد يؤخذ في تحديد قسوة العقوبة ليس فقط من منظور جسامتها، وتغل وطأتها، أو على ضوء تقييم المحاكم الوطنية لها؛ وإنما كذلك من خلال مقارنتها بالعقوبة المقررة عن الجريمة عنها في الدول الديمقراطية^(٢).

عاشر : وكما كانت العقوبة المحكوم بها ولقمة في حدود الدستور، لمإن نقضها لا يجوز، ولو فرض القاضى فيما بعد عقوبة أشد على جريمة أقل خطورة من الجريمة الأولى. ذلك أن بيد كل قاض وفقا للدستور، أن يقرر في حدود منطقية، مبلغ العقوبة في الحدود التي ألن المشرع بها، فلا يرقبه أحد في اختيار جزاء دون آخر كلما كان هذا الاختيار جائزا تشريعا، وكان كذلك غير قائم على التحكم. ذلك أن لكل جريمة ظروفها الخاصة سواء ما تعلق منها بشخص مرتكبها أو بالأوضاع التي لا يستها^(٣).

(١) هذا وتتمس المادة ٣٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا ثبت أن المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عامة في عقله طرأت بعد وقوع الجريمة، يوقف رفع الدعوى عليه أو محاكمته حتى يعود إليه رشده.

(٢) Salem V. Helm 463 U.S. 277 (1983).

(٣) كان قد قضى في جريمة اختطاف ارتكبها جان بعقوبة أقل في جريمة تغل بالرغم من الثانية أسوأ من الأولى.

See: Williams v.Oklahoma 358 U.S. 576 (1959); Coker v.Georgia 433 U.S.584 (1977).

المبحث الخامس

الفصل بين التقدير التشريعي العقوبة، وبين التقدير القضائي لها

٦٥٣- يتعين الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة وبين التقدير القضائي لها ممثلاً في مبلغها وفقاً للقانون، وللتقدير القضائي لها، ممثلاً في تنفيذها.

ذلك أن تنفيذ القاضي للعقوبة -عطي حد قول المحكمة الدستورية العليا- لا يفصل عن المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية. بل هو جوهرها. إذ يتصل هذا التنفيذ بعقوبة فرضها المشرع بصورة مجردة شأنها في ذلك شأن النصوص القانونية جميعها. ولا يتصور بالتالي أن يكون إزالتها بنصها على الواقعة الإجرامية محل الاتهام، ملائمة لكل أحوالها ومتغيراتها، وذلك لأمرين:

أولهما: أن المتهمين لا يمتثلون في خصائص تكوينهم ولا في بيئتهم؛ ولا في قدر ثقافتهم أو تعليمهم؛ ولا في نطاق ذكائهم أو استقلالهم فولا في نزعاتهم الإجرامية التي لا تجمعها وحدة ترتبط أجزاؤها. وإنما يتدرجون بين الاعتدل والإفغال في إجرامهم؛ بين ومن نزعاتهم الإجرامية أو فحشها.

ولا يجوز بالتالي صبهم في نماذج جامدة لا يتحولون عنها؛ ولا اعتبارهم من قولها التي يصهبون فيها، فالمدنيون لا يتوافقون في خطورتهم ولا في ظروفهم.

ولا يجوز بالتالي، أن تتحد عقوبتهم، وكأنهم فرد واحد، بالميل الحواري ذكها، والخلفية الذهنية عيها.

فإذا وحد المشرع بينهم بافتراض توافقتهم في ملكاتهم ونزعاتهم وتوجهاتهم، كان ذلك إيقاعاً لجزاء في غير ضرورة، بما يقيد الحرية الشخصية دون مقتض، وبما يجبر على المتهمين -هم مختلفون في كل شيء- أوانا من المعاناة لا قبل لهم بها، بعد أن افترض المشرع أنهم نظراء بعضهم لبعض -سواء في نوع جريمتهم، أو دوافعها، أو خلفيتها، أو قدر التصميم عليها- بما يخل بشرط الوسائل القانونية السليمة التي لا يتصور في غيبتها أن يكون للحق في الحياة، ولا للحق في الحرية، أية قيمة لها اعتبارها.

ثانيهما: أن مشروعية العقوبة من زاوية دستورية، مناطها أن يبشر القضاة سلطاتهم في مجال التدرج بها وتجزئتها، تقديرها من جانبهم لها في الحدود المقررة قانوناً.

فذلك وحده هو الطريق إلى معقوليتها وإنسانيته مجبرا لأكثر الجريمة من منظور موضوعي يتعلق بها ويمرتكها.

إذا منعهم المشرع من وقف تنفيذ العقوبة التي فرضها -وإيا كانت دوافعه في ذلك- كان ذلك تخلا في سلطتهم في تحديد مبلغها، ومفضيا إلى خطر اتصال للجنة بمنبئين آخرين ربما كانوا ألحدح منهم لإجراما.

وهو ما ينافي حقيقة أن تنفيذ العقوبة -وليس مجرد نوعها أو مدتها- هو الذي يحقق الإيلاء المقصود بها؛ وأن سلطة للقضاء في تفريد العقوبة -ويندرج تحتها وقف تنفيذها- لازمها أن يتهيا للمحكوم عليهم بها، فرص إقالتهم من عيها إذا كان لهم من منهم أو خلقهم أو ماضيهم أو طبيعة الجريمة التي ارتكبوها أو ظروفها، ما يرشح لعدم عودتهم مستقبلا إلى الإجرام.

فلا تكون هذه العناصر جميعها غير ضوابط يتحرونها ويقيمونها على دعائم من القرائن وعيون الأوراق، ليحدد كل قاض على ضوئها، عقوبة الجريمة سواء في نوعها أو قدرها. فلا يبتدع عقوبة جديدة لا نص عليها. وإنما يتولى تقديرها بما لا يعطل سلطة وقف تنفيذها، أو يبدلها بغيرها، وذلك استصحابا لأصل في العقوبة، مؤداه تقديرها لا تعميمها^(١).
Individualization of punishment

(١) دستورية عليا - القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٦/٨/٣ - قاعدة رقم ٣- من ٦٧ وما بعدها من الجزء ٨ من أحكام المحكمة.

المبحث السادس

معايير وضوابط الجزاء الجنائي

٦٥٤- لأن كان الجزاء -جنائيا كان أم تأديبيا أو مدنيا- يفترض أن خطأ معينا لا يجوز تجاوزه؛ ولكن جوهر العقوبة وأغراضها من أكثر المسائل التي احتمل الجدل حولها، إلا أن العقوبة تحكمها بوجه عام معايير أهمها:

١. أن العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، تبلور مفهومها للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، والتي لا يندرج تحتها ميسل الجماعة أو حرصها على إرواء تعطشها للنار والانتقام، أو مسعها ليكون بطشها بالمتهم تنكيلا وتكفيرا عما أتاه^(١). بل يتعين أن يكون هذا الجزاء تعبيراً منطقياً عن حدود الاعتدال، علي أن يكون مفهومها أن ضوابط الاعتدال تنتم بالمرونة، وتميل إلى الاتساع بقدر تطور الجماعة، وعلي ضوء نظرتها المتغيرة للحدود التي يعتبر الجزاء فيها إنسانيا يحفظ للناس كرامتهم. ويوجه عام يعتبر الجزاء قابساً كلما صدم توقعا معقولا لأوساط الناس، بأن آثار الانشيمنزلة العام أو أن كان مهيأ، أو حط من قدر الجناة بغير مبرر، أو كان مغاير المعايير التي يكسون بها منصفاً.

والطبيعة المتطورة لضوابط نسوة الجزاء الجنائي، هي التي أسس عليها رئيس القضاة Warren القول بأن معنى العقوبة القاسية، يستتبع من المقاييس المتطورة لجماعة ملتزمة، تعبيراً منها عن نضجها ورفقي حصها^(٢)

٢. أن ما يعتبر جزاء جنائيا في النظم الجنائية، لا يجوز أن يقل مداه -في عقل جنان محتمل- عما يكون لازماً لحمله على أن ينتج طريقاً سوياً، لا تكون الجريمة من منازده، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد العزم عليها- أكثر فائدة من تجنبها. ذلك أن عقوبة الجريمة التي لا تزيو وطنيتها في عقل المخاطبين بالنظم الجنائية، على مزايا ارتكابها، تحض عليها وتسهل أمرها. ويتعين بالتالي أن يقدر المشرع مبلغ العقوبة على ضوء خطورة الجريمة، أو درجة إجرام مرتكبها، أو هما معا.

(١) دستورية عليا- القضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية دستورية" جلسة ١٩٩٦/٨/٣ - قاعدة رقم ٣- من

٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Trop v.Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

٣. لا يجوز أن تكون العقوبة في أثرها، أداة عاصفة بالحرية، تمنعها أو تنقذها بالمخالفة للقيم التي ارتضتها النول الديمقراطية في مظاهر سلوكها على اختلافها. وهي قسمة تظل في ضوابطها المعاصرة، إطاراً للنظم الجنائية جميعها. وإذا كان من المقرر أن الحرية في كامل أبعادها لا تنفصل عن حرمة الحياة، وأن حقوق الإنسان وحريته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تملئها مصلحة اجتماعية لها وزنها، فقد تعين موازنة حقوق الجماعة ومصالحها الأساسية، بحقوق الفرد قبلها، بما يحول دون إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها^(١).

ولا يجوز بالتالي أن يكون الجزء الجنائي -في أثره أو على ضوء طرائق تنفيذه- منافياً للقيم التي ارتضتها الأمم المتحضرة. وهو يكون كذلك إذا تمحص تعذيباً، أو انتهاكاً في غير ضرورة لحرمة البدن، أو إخلالاً بالعرض^(٢)، أو إيلا غير مبرر كجرم الجناة في الطريق إلى مكان تنفيذ عقوبتهم، أو إغراقهم أو حرقهم أحياناً أو تعقيمهم أو إذلالهم، أو تحطيمهم عقلياً، أو وسهم بالنار علي وجوههم أو أيديهم، أو تجريسهم، أو فصل أيديهم وأذانهم أو أعناقهم، أو نزع أنظفهم أو تقطيعهم إلى أجزاء أو إلى شرائح.

٤. لا يستلزم تظليل عقوبة الجريمة الأخيرة في حالة المود Habitual offender laws مخالفاً للمستور. إذ ينظر لجناة المالكين علي تقدير تأصل الإجراء فيهم، وأن انحرافهم صار عادة ألفوها ومنهجاً متصلاً، وأن الأمل في تقويمهم ضئيل إلى حد كبير.

٥. إذا أنشأ المشرع جريمتين لحماية المصلحة الاجتماعية ذاتها، تعين أن يقرر لإحداها عقوبة أشد من تلك التي يضعها للثانية، حتى إذا فاضل جان محتمل بين الجريمتين، اختار أظهما إيلا، انصرفاً عن العقوبة الأكثر قسوة.

٦. يتعين ملازمة العقوبة مع الجريمة التي تخصها في كافة عناصرها وظروفها حتى يزنها بالقسط من يتجهون إلى ارتكابها. فلا يقدمون عليها أصلاً، أو يرتكبونها بوسائل مختلفة، تمثل خطراً أقل على قيم الجماعة وثوابتها.

(١) دستورية عليا- القضية رقم ٧٣ لسنة ٥١ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٦/٨/٣- قاعدة رقم ٣- ص ٨٠ جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) دستورية عليا- القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية- جلسة ٣ فبراير ١٩٩٦- قاعدة رقم ٢٢- ص ٣٩٣ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

٧. على المشرع أن يصمم العقوبة ليمنع الجاني من العودة إلى الجريمة، أو من إتيان غيرها خلال فترة من الزمن. وهو بذلك يؤمن الجساعة من مخاطر الإخلال بنظمها الجنائية، ويوصون أفرادها كذلك من الانزلاق إلى جريمة لا يأملون عواقبها، ولو توافرت لهم الفرص التي تغريهم بها.

٨. الأصل في العقوبة -على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- هو معقوليتها، فلا يكون للتدخل بها إلا بقدر، نأيا بها عن أن تكون إيلافا غير مبرر، يؤكد قسوتها في غير ضرورة^(١) Unnecessary cruelty and pain .

ولئن صح القول بغموض المعايير القاطعة التي يتحدد على ضوئها مجافاة العقوبة لضوابط الاعتدال؛ إلا أن من المقرر -على الأخص من ناحية تاريخية- أن كل عقوبة بربرية أو تعذيبية أو مهينة لفرد -يندرج تحتها صلبه أو إحرقه أو غليه حيا، أو تحطيم عظامه أو تمزيق أظرافه أو سحق أصابعه، أو قتله بصورة بطيئة - لا يجوز القبول بها لمخالفتها الدستور. ذلك أن قيم العدل أو مصطلحاتها وثوابتها، تفرض تناسبا بين العقوبة والجريمة

It is a precept of justice that punishment should be proportioned to the offence

وتستبر العقوبة المتراخية في أجلها، والمرهقة في تنفيذها دون مقتض، مخالفة للدستور، وعلى الأخص كلما قام الدليل على تعدل تناسبها مع الجريمة.

٩. واستناع الغلو في العقوبة، يفترض أن تكون بصدد جريمة حدد المشرع ركنيها وقفاً للدستور والقانون. ولا كذلك أفعال يؤشها المشرع بالمخالفة للدستور، إذ تسقط الجريمة بعقوبتها، ولو كان مبلغها نكفها.

١٠. وكلما كان الجزاء واقعا في غير ضرورة؛ صار مخالفاً للدستور. فالذين يهجون الجيش، يتخلون عن أداء الخدمة العسكرية بغير نية العودة إليها. وذلك لأسباب مختلفة من بينها الفرع أو الهستريا أو عدم التوازن العاطفي. وهي بعد جريمة يرتكبها الجنود حتى في أماكن تدريبيهم^(٢). فإذا جردهم المشرع من جنسيتهم، كان ذلك أسوأ من تعذيبهم.

(١) للحكم السابق-- من ٤٠٤ من الجزء ٧ من مجموعة أحكامها.

(٢) Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

فضلا عن أن هذا التجريد يمسك كافة حقوقهم، ويعزلهم بصفة نهائية عن مجتمعهم، ويجعلهم هائمين علي وجوههم لا يعرفون لهم مستقرا، ويعرضهم كذلك لمزيد من المعاناة ويصمق خوفهم. فلا يكون هذا التجريد غير مصير أسود تنتبذ الدول الديمقراطية جميعها.

١١. لئن عارض البعض عقوبة الإعدام قولا منهم بأنها تتناقض كرامة الفرد؛ ومرفوضة خلقيا، ومغالى فيها Morally unacceptable and excessive؛ وأن الذين يتحملون عادة بها فقراء لا يملكون موارد كافية يردون بها هذه العقوبة عنهم، ممن خلال توظيفهم محامين متميزين يدفعونها؛ ولها بذلك عقوبة لا شأن لها بالأثرياء الذين يוכלون عنهم أفضل المحامين وأكثرهم ثروا؛ بما يخل ضمننا- بشرط الحماية القانونية المتكافئة؛ وكان آخرون قد قرروا أن عقوبة الإعدام، قسرية في ذاتها Per se وليس لها ما يبررها. ولا يكفل توقيفها تحقيق غرض مشروع، وكثيرا ما تم تطبيقها بطريقة تحكمية، وعلى ضوء نزوة عابرة أحيانا Arbitrariness and Capriciousness؛ إلا أن هذه الآراء سألنا كان قدر وجهتها- تنقل اجتهدا لأصحابها لا يناقض حقيقة أن هذه العقوبة لا تزال قائمة في دول كثيرة تحيط توقيفها بكل ضمانات منطقية تقتضيها حقائق الحل، سواء كان الإعدام شنقا، أو تم رميا بالرصاص أو صمعا بالكهرباء، أو قتلًا بالغاز الخانق^(١).

وهي عقوبة شرعتها الأديان جميعها، وفرضها الله تعالى في نطق الحق في القصاص، وزجرا لهؤلاء الذين يقتلون النفس الواحدة بخير الحق، فكأنهم قتلوا الناس جميعا.

ولا يبقى بعد هذا غير النظر إلى عقوبة الإعدام من جهة شروط توقيفها، وأهمها ضرورة أن تؤخذ بقدر كبير من الحذر؛ وأن يكون توقيفها في حدود ضيقة؛ وأن تحقق للمحكمة في الجريمة من جهة ظروفها والخصائص الشخصية للمرتكبها؛ وأن تدخل في اعتبارها كافة العوامل التي ترشح لتخفيفها، ولو أغفل المشرع بيانها، أو سها عن تحديد بعضها^(٢).

١٢. ولا يعتبر جلد الزاني والزانية عقابا منافيًا حدود الاعتدال، إذ هو من حدود الله تعالى التي لا تقبل تعديلا.

(١) Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459 (1947); See also Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972); Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976)

(٢) عكس ذلك الظروف المشددة التي لا يجوز الأخذ بها إلا إذا نص عليها المشرع، وحددا حصرا، أو ببلها بطريقة واضحة لا تجهيل فيها.

١٣. كذلك لا يعتبر عقاباً لإبعاد الأجنبي عن غير بلده إذا أُخذ بتشريعاتها أو نظمها القانونية، وعلى الأخص كلما تم هذا الإبعاد لمجرد وقوع هذا الإخلال من وجهة نظر الدولة المضيفة. ومن ثم جاز لمواطني الدول المعتمدة أطرافاً في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، الطعن على قرارات إبعادهم الصادرة من الدول الأجنبية التي أقاموا بها، على أساس مخالفتها لحقوقهم الجهرية التي تكفلها لهم هذه الاتفاقية.

١٤. ولا تعتبر العقوبة التي يفرضها المشرع على تعويق العدالة، مخالفة للمفطلق إذا جعلها ولقمة بين حدين لا يزيد أقصاها عما يعتبر جزءاً مناسبا لهذه الجريمة، وإن وجب القول بأن عقوبة الغرامة التي يكون مبلغها كبيراً، وعلى الأخص إذا سجن من لم يوفها لمنين عديدة جزءاً عدم دفعها - تعتبر مخالفة للدستور.

١٥. وعلى اللجنة القضائية التي تباشر رقابتها على دستورية العقوبة، أن تتحقق أولاً من اتصالها بأفعال يجوز تأنيبها وفقاً للدستور.

فإن كانت هذه الأفعال كذلك، تعين عليها بحث أن تنظر في مضمون العقوبة وأثرها، لتحديد مسوتها أو اعتدالها.

إذاً بان لها وحديثها، أو منافاتها من أوجه أخرى للقيم الإنسانية؛ كان عليها أن تستقط هذه العقوبة ومعها الجريمة التي تتصل بها.

٦٥٥- وليس في دستور جمهورية مصر العربية نص يحظر الظرف في العقوبة أو الإفرط في كيفية تنفيذها؛ إلا أن أمرين ينبغي ملاحظتهما في هذا الشأن.

أولهما: أن المسائل جميعها تولى اعتبارها ليس فقط للشرور القديمة، وإنما كذلك لما يجد مستقبلاً منها.

ثانيهما: أن شرط اعتدال العقوبة متطور بطبيعته. وهو بذلك غير منحصر في مفاهيم جامدة. ذلك أن المعاني الجيدة التي تضمنها العدالة الإنسانية تعتبر من مكتسباته.

وفي هذا الصدد تقرر المحكمة الدستورية العليا - في مجال تفسيرها المتطور لنصوص الدستور، ونظرتها الواعية لضرورة تطويعها لروح العصر - أن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها، وتتقيد هي بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي لترمتها الدول الديمقراطية، واستقر أمرها على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة؛ وأن

خضوعها للقانون - محددًا مضمونها ونطاقها على ضوء مفهوم ديموقراطي - يقتضيها ألا تنزل بالحماية الدستورية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم، عن الحدود الدنيا التي تقوم بها متطلباتها التي تواتر العمل على القول بها في الدول الديموقراطية؛ ولا أن تعرض على تمتعهم بها، أو مباشرتهم لها، غير القيود التي ارتضتها هذه الدول، سواء تعلق الأمر بمضمون هذه القيود، أو بمداهما.

ولا يجوز بالتالي أن نقوض الدولة القانونية، فرائض وجودها التي يندرج تحتها صون الحرية للشخصية التي اعتبرتها المادة ٤٨ من الدستور حقًا طبيعيًا. وهي حرية يتفرع عنها ولازمها، حظر تقرير عقوبة تفرضها الدولة "بتشريعاتها"، تكون مهينة في ذاتها، أو معنة في صورتها، أو منطوية على تقييد الحرية للشخصية بغير الوسائل القانونية السلمية؛ أو من شأنها معاقبة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها^(١).

٦٥٦- على أن النظر المتقدم، وإن قام على اجتهاد من المحكمة الدستورية العليا، تخرج به العقوبة المغالي في مبلغها أو وسيلة تنفيذها من نطاق الحماية الدستورية، إلا أن كثيرا من الدساتير تقرر ذلك بنصوص صريحة فيها. من بينها نص المادة ٢١ من دستور الدولة الفيدرالية الروسية^(٢) La Federation de Russie التي تقضي فقرتها الأولى بأن كرامة الفرد تحميها الدولة، ولا يجوز خفضها على أية صورة.

وتحظر فقرتها الثانية إخضاع أي فرد لتدابير عنيفة أو تعذيبية، أو معاملته لمجازاته بطريقة وحشية، أو محطلة بالكرامة الإنسانية، أو إخضاعه -بغير رضاه- لتجربة طبية أو علمية أو غيرها.

ويبين كذلك من قراءة القانون الأساسي الألماني -٢٣ مايو ١٩٤٩- أن كافة حقوق للفرد مرجعها إلى كرامته، وذلك بما تنص عليه ملته الأولى من أن كرامة الفرد لا يجوز الإخلال بها، وأن على كل سلطة في الدول احترامها وحمايتها؛ وأن مفاد صونها أن يكون للناس جميعهم حقوق لا يجوز انتهاكها، ولا يرد تقادم عليها، باعتبارها أساس نكوب كل

(١) يلاحظ هنا أن المحكمة الدستورية العليا أشارت إلى العقوبة التي تفرضها الدول بتشريعاتها، حتى تسبب من نطقها العقوبات التي قررها لقرآن الكريم والتي تجادل في صحتها الدول الغربية، كعقوبة قطع يد السارق.

(٢) ووفق على هذا الدستور في استفتاء تم في ١٢/١٢/١٩٩٣، ونشر في الجريدة الرسمية في ١٩٩٣/١٢/٢٥.

جماعة بشرية، ونقطة ارتكاز لتحقيق السلم والعدالة على امتداد الأقطار جميعها. وتتص الفترة الثانية من المادة ٨ من دستور Andorra على أن للناس جميعهم حقاً في تكامل أبدانهم وقيمهم الخلقية، ولا يجوز تحذيرهم ولا عقابهم أو معاملتهم بطريقة قاسية أو مهينة أو غير إنسانية. وهو ما تقرر كذلك بالتعديل الثامن للدستور الأمريكي، وإن كان هذا الدستور قد نص على أن العقوبة أو المعاملة المحظورة، هي التي يتوافر فيها وصفان هما قسوتها وشذوذها.

٦٥٧- ويفترض دوماً في تقدير مناسبة العقوبة للجريمة التي تتعلق بها، أن تكون الأفعال التي تدخل في تكوين الجريمة، جائزةً تكميمها، وإلا تعين الحكم بسقوط الجريمة ومعاقبتها.

٦٥٨- ويبدو بالتالي محل نظر، قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات^(١). ذلك أن الدلائل التي قام عليها، ومع التقديم بصحة النتيجة التي دونتها المحكمة في ملطوق حكمها، تنتم باضطرابها ويدها عن التحليل المنطقي.

فقد كان يكفي لحمل هذا المنطوق، أن تقرر المحكمة أن الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة، لا يجوز دستورياً تكميمها. بالنظر إلى تعلقها بالنوايا الغائرة في دوافع النفس، والتي لا صلة لها بالأفعال التي يجوز مواخذة الشخص على ارتكابها. ذلك أن العلاقة التي تؤسسها القوانين الجنائية، هي تلك التي تتمحور حول سلوك خارجي يتخذ مظهراً واقعياً. وهي بذلك تعبير عن إرادة إتيان الجريمة. ولا كذلك النوايا التي لا تبلور سلوكاً مادياً خارجياً. وإنما تقوم الجريمة بأفعال لا تخطئها العين، وليس بالنوايا التي تغلق النفس عليها، فلا يعرفها أو يضار بها أحد ما مثل كمنونها في الصنور قائماً^(٢).

(١) تقضي الفقرة الأولى من المادة ٤٨ من قانون العقوبات بما يأتي:

يوجد اتفاق جنائي كلما تحد شخصان أو أكثر على ارتكاب جنائية أو جنحة ما، أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها. ويستبر الاتفاق جنائياً سواء كان الغرض منه جائزةً أم لا إذا كان ارتكاب الجنائيات والجنح من الوسائل التي لوحظت في الوصول إليه. وتتص فقرتها الثانية على أن كل من اشترك في اتفاق جنائي سواء كان الغرض منه ارتكاب الجنائيات أو اتخاذاً وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود منه، يعاقب لمجرد اشتراكه بالمسجن، فإذا كان الغرض من الاتفاق ارتكاب الجنح أو اتخاذاً وسيلة إلى الغرض المقصود منه، يعاقب المشترك فيه بالحبس. (إنظر في عدم دستورية هذه المادة، حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلستها المنعقدة ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ ق كمستورية ص ٩٨٦ من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) "مستورية عليا" للقضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية كمستورية - جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٢ - ص ٤٥ وما بعدها من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦٥٩- بيد أن المحكمة الدستورية العليا لا تقيم حكمها على هذه الدعامة وحدها، لكنها تؤسس لإبطالها لنص المادة ٤٨ من قانون العقوبات، على دعمتين آخرين أولهما: غموض نص هذه المادة، وثانيتهما: أن العقوبة المقررة بها تنفّر إلى تناسبها مع الجريمة المنصوص عليها فيها.

والأمران كلاهما محل نظر. ذلك أن غموض النص العقابي وعدم محولية العقوبة التي فرضها، يفرضان تعلق هذا النص بأفعال يجوز تأنيبها. ومن غير المتصور أن يكون التحضير للجريمة أو العزم عليها، محل مؤاخذة جنائية، إذ داخل هذا التحضير أو العزم في إطار النوايا التي تختلج للنفس بها، فلا يبصرها أحد. إذ كان ذلك، وكان للتعزيم المقرر بنص المادة ٤٨ المشار إليها منصراً إلى النوايا التي لا يجوز تأنيبها؛ فإن الفوضى في غموض هذا النص، أو في لاطوائه على عقوبة جاوز بها المشرع حدود الاعتدال، يكون لغوا. يؤيد هذا النظر.

أولاً: ما قرره محكمة النقض من أن شرطى التنظيم والاستمرار - وهما شرطان تطالبهما المحاكم المختلفة للحد من غلواء جريمة الاتفاق الجنائي المنصوص عليها في المادة ٤٨ ع - غير لازمين لوجود هذه الجريمة التي تتوافر أركانها بمجرد اتحاد إرادة شخصين أو أكثر على إتيان جنابة أو جنحة، ولو لم تتعين؛ أو على الأعمال المجهزة أو المسهلة لها، ولو لم تقع الجريمة محل الاتفاق الجنائي (١). وتعضلها بذلك يدل على أن نص المادة ٤٨ ع يتمحض في بعض الصور، عقاباً على مجرد العزم على الجريمة أو على الأعمال التحضيرية لها، بالمخالفة لنص المادة ٤٥ ع التي تقضي بأن الشروع في الجنابة أو الجنحة، لا يتحقق بمجرد العزم على ارتكابها ولا بالأعمال التحضيرية لها؛ ومن ثم تتعلق جريمة الاتفاق الجنائي في بعض صورها بالمرحلة السابقة على الشروع في الجريمة، بما يقيمها في جوه بنيانها على مخالفة نصوص الدستور التي لا تأذن بالتعزيم فيما وراء الأفعال التي يجوز أن يشكل المشرع منها مادة للجريمة.

ثالثاً: إذ كان نص المادة ٤٨ ع، يفيد أن مجرد الاتفاق بين شخصين على إتيان الجريمة والعزم عليها أو التحضير لها، يعتبر كافياً لتكوين مادتها، ولو لم يرق هذا التحضير إلى مرحلة الشروع في ارتكابها؛ ولم يزد هذا العزم على مجرد النوايا التي يضمها الجنابة المحتملون في أنفسهم، ولا يتخون عملاً مادياً للتعبير عنها؛ فإن نص المادة ٤٨ المشار إليها

(١) الطعن رقم ١٩٨٨ لسنة ٣٤ قضائية - جلسة ١٠/٥/١٩٦٥ - ص ١٦، ٤٤١ لأنظر كذلك الطعن رقم

يكون مقيدا الحرية الشخصية في غير ضرورة، ومجاوزا الأغراض الاجتماعية التي يستهدفها التجريم.

ولا كذلك أن يكون التجريم محظورا دستوريا. إذ يدخل بنين الجريمة ذاتها أيا كان قدر عقوبتها. ومن ثم تسقط الجريمة لامتناع تأييم الأفعال التي تكونها. ولا يكون ثمة وجه لإيقاع عقوبتها بعد زوال مطها؛ ولا للخوض فيما إذا كان مقدارها غلوا مجاوزا الاعتدال أو واقعا في حدود منطقية لا تحكم فيها

ثالثا : أن جريمة الاتفاق الجنائي في الحدود التي عينتها محكمة النقض إطارا لها- لا تجهيل فيها حتى يمسوغ القول بأن القموض يشوبها أو يحيط بها. وإنما تقوم هذه الجريمة على أركان فصلتها محكمة النقض التي تقوم من المحاكم جميعها بوظيفة تقعيد القواعد القانونية التي تلزمها بتطبيقها.

رابعا : إذ كان ما تقدم، فقد كان يكفي للحكم بعدم دستورية نص المادة ٤٨ ع، أن تؤسس المحكمة الدستورية العليا قضاءها في ذلك على دعلمة وحدة قوامها، أن الأفعال التي تكون مادة هذه الجريمة في كثير من صور تطبيقها- لا يجوز تأييمها. فذلك وحده هو المنخل المنطقي للحكم بعدم دستورتها. وغير ذلك ليس إلا تزبداء وغلطا بين مفاهيم دستورية لكل منها مجال لتطبيقها مقصور عليها^(١).

(١) انظر في الأسباب التي قام عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ من قانون العقوبات، حكمها الصادر في ٢ يونيو ٢٠٠١ في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية".

المبحث السابع

مفهوم الجزاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا

٦٦٠- تقرر المحكمة الدستورية العليا في ذلك ما يأتي:

١. أن النصوص القانونية وحدها -بعموميتها وانتفاء صفتها الشخصية- هي أداة للتجريم وأنه كان للسلطة التشريعية أن تحدد لشروط التجريم إطارها العام على أن تتولى السلطة التنفيذية تفصيل بعض جوانبها، فليس ذلك مؤداه أن تكون سلطاتها في ذلك مجالاً محجوراً لها، إذ بظل دورها تابعاً للسلطة التشريعية، ومحدداً على ضوء قوانينها، فلا تتسولاه بمباذرة منها ليس لها سند من قانون قائم^(١).

٢. إن الجزاء الجنائي لا يفترض، ولا عقوبة بغير نص يفرضها. وكلما استقام الجزاء على قواعد يكون بها ملاكاً ومبرراً؛ فإن فرض المحكمة لغيرها، لتحل محل تقدير المشرع لنوع الجزاء أو مداه، يكون مخالفاً للدستور^(٢).

٣. ينبغي أن يحول الجزاء الجنائي دون الولوع في الإجرام؛ وأن يستلهم كذلك أوضاع الجناة وخصائص جرائمهم وظروفها؛ وأن يكون عقابهم عنها، كافلاً تأهيلهم لحياة أفضل حتى تنهيا للقواعد التي تدر العدالة الجنائية على ضوئها، ما يراد لها من الفعالية، وما تتوخاه من تحقيق التوازن بين حقوق المتهم وسلطة الاتهام. وهذه العوامل جميعها هي التي ينبغي أن يحيط بها الجزاء الجنائي، وأن يصاغ على هديها، فلا يتحدد بالنظر إلى واحد منها دون غيره^(٣) Single - valued approach.

٤. لا يدخل إزاء المتهم أو التحرش به في إطار السياسة الجنائية القوية، التي تناهض الإخلال الخطير كل إخلال غير مفهوم بالحرية للشخصية^(٤).

٥. ليس شرطاً لأصل مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، أن يكون الجزاء الجنائي محدداً تحديداً مباشراً، بل يكفي أن يتضمن النص العقابي تلك العناصر التي يكون معها الجزاء الجنائي قابلاً للتحديد، ومعيناً بالتالي بما لا إضفاء فيه إلى التجكم^(٥).

(١) (٢) (٣) (٤) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القسادة رقم ٤٧ - ص ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. وذات المبادئ مرادة في القضية رقم ٢ لسنة ٢٠ قضائية دستورية - جلسة ٢٠٠٠/٨/٥ - قاعدة رقم ٨١ - ص ٦٨٨ وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) تراجع القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - القسادة رقم ٤٧ - ص ٦٠٩ وما بعدها من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

٦. لا يكون الجزاء الجنائي مخالفاً للمستور، إلا إذا اخلل التبادل بصورة ظاهرة بين مداه؛ وطبيعة الجريمة التي تعلق بها. ذلك أن هذا الجزاء يعتبر عقاباً ولتداعياً بالضرورة في إطار اجتماعي؛ منطقياً غالباً من خلال قوة الردع على تقييد الحرية الشخصية؛ فلما على قيم ومصالح اجتماعية تبرره.

ويتعين بالتالي أن يكون جزاء الجريمة متدرجاً بقدر خطورتها ووطأتها حتى لا يتمحض إعناتاً. ومن ثم لا يعتبر الجزاء موافقاً للمستور (إلا إذا استلهم ضرورة اجتماعية). لا تناقض الأحكام التي تضمنها^(١).

فيذا لارتبط عقلاً بأوضاع قدر المشرع ضرورة للنزول عليها، وكان ناجماً عن الإخلال بها، كان موافقاً للمستور^(٢).

٧. لا يعتبر الجزاء جنائياً في غير دائرة الأفعال أو صور الامتناع التي جرمها المشرع من خلال عقوبة قرنها بتبئنها، أو بتركها^(٣).

٨. تبلور العقوبة التي يفرضها المشرع في شأن جريمة بذاتها حدد أركانها، مفهوماً للعدالة يتحدد على ضوء الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، والتي لا يندرج تحتها حرص الجماعة على إرواء عطشها للثأر والانتقام، أو مسيحها ليكون بطشها بالمتهم نكالا؛ وإن أمكن القول إجمالاً بأن ما يعتبر جزاء جنائياً، لا يجوز أن يقل في مداه عما يكون لازماً لحمل الفرد على أن ينتهج طريقاً موبياً لا تكون الجريمة من مصادفه، ولا يكون ارتكابها في تقديره -إذا ما عقد الحزم عليها- لكثير فائدة من تجنبها.

ومواء أسهم هذا الجزاء في تقويم من أصابهم؛ كان كافلاً ردع غيرهم؛ أو باعد بين الجناة والجماعة التي صاروا من أفرادها؛ أو كان كل ذلك جميعاً؛ فإن كثيرين من الفقهاء يفرقون بين نوعين من الردع:

(١) انظر في ذلك للضحية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - ص ٩٢٨ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) (٣) دستورية العليا للضحية رقم ٦٥ لسنة ١٩ قضائية دستورية - جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ - قاعدة رقم ١٠٠ - ص ١٣٢١ من الجزء ٨ من مجموعة أحكامها.

أحدهما: ردع عام: ويتمثل في العقوبة التي يتكرج بها المشرع على ضوئ خطورة الأفعال التي أشمها، ليحمل من خلال وطأة العقوبة وعيبتها، جناة محتملين على الإعراض عن الجريمة وانتباذها.

وثانيهما: ردع خاص: يتحقق في شأن جريمة نسبتها سلطة الاتهام بعد ارتكابها إلى شخص معين؛ لتحدد المحكمة نطاق مسؤوليته عنها، ولتقدر عقوبتها تفريداً لها عند الحكم بها، ضماناً لتناسبها مع الجريمة التي قارفها، وكرد فعل لها.

ومن ثم لا يتطرق هذا النوع من الردع باحتمال تحقق خطورة إجرامية، وإنما بأفعال تم ارتكابها وتقوم بها خطورة فعلية.

ولا تعدو هذه الصورة من صور الردع أن تكون تعبيراً عن مفهوم الجزاء -من منظور اجتماعي- باعتبارها عقاباً منصفاً قدره القاضي في شأن جريمة بذاتها عرض عليه أمرها، فلا يحدد عقوبتها جزائفاً، وإنما من خلال علاقة منطقية تربطها مباشرة بمن ارتكبها، لتقابل حدود مسؤوليته جناثها، ويقدرها، بما يؤكد معقوليتها^(١).

٩. تفريد القاضي للعقوبة بتصل بجوهر الوظيفة القضائية، ويتعلق بعوامل موضوعية مردها إلى الجماعة في ذاتها، وبالعناصر شخصية تعود إلى مرتكبها. ولا يجوز بالتالي أن يتبدد المشرع من نطاق هذه الوظيفة عن طريق التكنل في مكوناتها، وإلا كان ذلك تحريفاً لها^(٢).

١٠. مناط شرعية الجزاء -جنائفاً كان أم مدنياً أم تأديبياً- أن يكون متناسباً مع الأفعال التي لُتمها المشرع، أو حظرها، أو قيد مباشرتها. ذلك أن الأصل في العقوبة هو معقوليتها، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها؛ نلأياً بها عن أن تكون إبلافاً غير مبرر، يؤكد قصسوتها في غير ضرورة، ولا يجوز بالتالي أن تتلفض بمداهها، أو بطرائق تنفذها، للقيم التي ارضتها الأمم المتحضرة، مؤكدة بها ارتقاء حصها، تعبيراً عن نضجها على طريق تقدمها، واستواء فهمها لمعايير الحق والعدل التي لا يصالدم تطبيقها ما يراه لوساط الناس تقييماً خلقياً واعياً لمختلف الظروف ذات الفضلة بالجريمة^(٣).

(١) (٢) القضية رقم ٥٠ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ٦ يوليو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢ - ص ٦٣ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٧ - ص ٢٥٢ من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

١١. كلما كان الجزاء الجنائي بغضاً أو عاقباً، أو كان متصلاً بأفعال لا يجوز تجريمها، أو مجافياً بصورة ظاهرة للحدود التي يكون معها متأسباً مع الجريمة، كان هذا الجزاء غير مبرر. ذلك أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال التجريم، حدها قواعد الدستور. فلا يؤتم أفعالا في غير ضرورة اجتماعية، ولا يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة^(١).

١٢. لا يجوز إعمال نصوص عقابية يمس تطبيقها إلى مركزه المتهم؛ ولا تفسير هذه النصوص بما يخرجها عن معناها أو يهدر مقاصدها؛ ولا مد نطاق التجريم - برطريق القياس - إلى أفعال لم يؤتمها المشرع - بل يتعين دوماً - وكلما كان مضمونها يحتمل أكثر من تفسير - أن يرجح للقاضي من سببها ما يكون أكثر ضماناً للحرية للشخصية في إطار علاقة منطقية بين النصوص الجنائية وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي أعلنها أو التي يمكن افتراضها عقلاً^(٢).

١٣. لا ينفصل تأنيب المشرع لأفعال بذواتها، عن عقوباتها التي يتعين أن يرتبط فرضها بمشروعيتها، وبضرورتها، وبامتناع رجوعيتها كلما كان مضمونها أكثر قسوة، ودون ما إخلال بحقوق الدفاع.

وتتعلق هذه الضوابط جميعها بكل جزاء يتمحض عقاباً، ولو عهد المشرع بالنطق به إلى جهة غير قضائية^(٣).

١٤. تكون العقوبة أرفق بالمتهم، إذا كانت في محتواها Le contenu أو أوصافها Les modalités أو مبلغها Le quantum des peines أقل شدة من غيرها، وأهون أثراً بالنسبة إليه. ويتقاضى اختيار العقوبة الأرفق لتوقيعها على المتهم، أن تفرق القوانين الجزائية التي تتزاحم على محل واحد ببعض، وأن تتحقق من اتفاقها جميعاً مع الدستور؛ وتفاوضها في عقوباتها فيما بينها. فإذا استقام في الفهم أن القانون اللاحق أهون في العقوبة التي فرضها من القانون القديم، تعين أن يخلى هذا القانون مكانه للقانون الجديد؛ وأن يطبق هذا القانون منذ

(١) ص ٢٥٢ - الحكم السابق. وراجع كذلك في هذا المعنى الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٧/٩/١٥ - قاعدة رقم ٥٧ - ص ٨٥٧ من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

(٢) (٣) "دستورية عليا" - القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" - جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ - قاعدة رقم ٢٧ - جزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

صدوره باعتباره أعون على صون الحرية الشخصية. ذلك أن ضمان هذه الحرية لا يناقض حقوق الجماعة وضرورة لتحوط لنظامها العام، إذ هما مصلحتان متوازيتان.

وما إنفاذ القانون الأصلح منذ صدوره غير توكيد للقيم التي أُنشئت بها، والتي نقض بعضها القيم التي احتواها القانون القديم. وكلاهما تعبير عن الضرورة الاجتماعية التي استلهمها في زمن معين. لا فارق بينهما إلا في جزئية واحدة، هي أن القانون الجديد صار أكفّل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم، وأصون لحياتهم. ذلك أن الحرية للشخصية وأن كان يهددها القانون الجنائي الأسوأ، إلا أن القانون الأرق بالمتهم بحميتها، سواء صدر هذا القانون منها تجريم أفعال أُنشئت قانون سابق، أم كان معدلاً من تكيفها، أو مغيراً من بنيان بعض العناصر التي تقوم عليها، بما يحو عقوبتها أو يخففها^(١).

١٥. مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها، ضمان ضد التحكم، فلا يؤثم القاضى أفعالا يفتقها؛ ولا يقرر عقوباتها وفق اختياره؛ ولا يبتدعها ولو كان الحق والعدل في جانبها؛ ولا يقيس أفعالا مباحة على أفعال جرمها المشرع، وصار التأثيم بالتالي -العقوبة هي التي تقضى إليه- عملاً يختص به المشرع، ويمرعاة أن سريان القوانين الجنائية لا يكون إلا مباشراً لا رجعياً.

ذلك أن القيم التي يصدر القانون الجنائي لصلبيتها، لا تبلورها غير السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم. فلا تعبر عن أولئهم إلا من خلال سلطة التقدير والتقريب التي تحدد على ضوئها الأفعال التي يجوز تأثيمها وعقوباتها لضمان مشروعيتها.

١٦. ضمان المشرع للحرية الشخصية، لا يفيد بالضرورة غل يده عن التدخل لتنظيمها. ذلك أن صونها يفترض إمكان مباشرتها دون قيود جائزة تعطّلها أو تحد منها؛ وليس إسباغ حصانة عليها تعفيها من تلك القيود التي تقتضيها مصالح الجماعة وتسوغها ضوابط حركتها^(٢).

١٧. يكون الجزء مطلوباً إذا جاوز الجنائي الحدود التي يجوز التسامح فيها. ويتصاعد الجزء كذلك علواً على ضوء درجة خطورة الأفعال التي جرمها المشرع ودرجة جسامتها In ascending order of severity. ويتعين أن يتحدد مداه نوماً بقدر وطأة الجريمة وجسامتها،

(١) من ٤١٨ و ٤١٩ من الحكم السابق.

(٢) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ قاعدة رقم ٣٢ - ص ٥٠٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية للبلاد.

فلا يكون هنا في جريمة خطيرة، ولا غليظا فيما دونها. وكلما فرض المشرع عين الجزاء على أفعال غشيتها التنافر فيما بينها، سواء في مضمونها أو عواقبها، كان مجاوزا بمدها حقائق هذه الأفعال ومكوناتها، منتهايا إلى تساويها فيما بينها. فلا يزن المشرع -بالقسط- لكل فعل منها جزاء ملائماً، ولا يعطي كل جريمة ثوباً يلتم وينبأها، وإنما يقيس أكل الأفعال خطراً على أكثرها جسامة^(١).

١٨. يصل للجزاء الجنائي العقيد الحرية -في منتهاه- إلى الإيداع في المسجون التي صمم بنواها كأمكان لا تتوخى غير حفظ المذنبين بها وكأنهم أشياء لا قيمة لها. فلا تكون لهم حتى الحقوق التي تتطلبها ضرورتهم في الحياة أو احتياجاتهم الإنسانية حتى في حدها الأدنى. ذلك أن القاتمين على المسجون لا يعملون من أجل إعادة تأهيلهم إلا في نطاق محدود. وهو ما يؤكد علم الإحصاء من استقصاء أعداد المالكين من المجرمين Recedivists -لا إلى الجريمة ذاتها- بل إلى جريمة لادح ثراً. ويزيد من خطورة الأمر، أن كثيراً من الجرائم لا يتم الإبلاغ عنها. وحتى بعد تبليغها إلى المسؤولين عن مكافحة الجريمة وتلقيها، فإن جنايتها أحياناً يظلون مجهولين؛ ولا تمتد إليهم يد العدالة. ولكنها قد تحيط بأخرون يسرون أن سوء حظهم، وليس سوء سلوكهم، هو ما لوقعهم في قبضتها.

١٩. كذلك يسخط بعض الجناة بسخطون على مجتمعهم، ويأثرون بالجريمة التي يرتكبوها، من تكتي أوضاعهم فيه، سواء بالنظر إلى بطلانهم، أو إلى انتمائهم إلى أقلية مضطهدة؛ أو إلى معاملتهم على وجه يحط من كرامتهم. بل إن نظم العدالة الجنائية في بلد ما، كثيراً ما تزيد من لعتار الجناة المحتملين Potential offenders للقيم الاجتماعية السائدة فيها؛ وعلى الأخص لأنهم لا يستطيعون غالباً الحصول على محامين مفكرين مما يدفعهم إلى الإقرار بنبوبهم، قبل أية محاكمة فعلية. وحتى في الأحوال التي توفر الدولة لهم فيها محامين تدبهم للدفاع عنهم؛ فإن هؤلاء لا يهتمون كثيراً بتحقيق العدالة والعمل من أجل إرسائها. ولكنهم ينصرفون إلى شؤون أخرى تعطيهم بدرجة أكبر، ما لم يكن للقضية التي يتدبسون لها وقعها الخاص عند الجماهير، فلا تكون خلفيتها إلا مدخلاً لشهرتهم.

فضلا عن أن الجناة السابقين Ex-convicts يعاملون كمذنبين حتى بعد الإفراج عنهم، ولو بذلوا جهداً عريضاً وصادقاً، لتوفيق أوضاعهم مع الجماعة، والتقيّد بنظمها وقيمها. كذلك يحشر الصغار الذين يرتكبون الجريمة للمرة الأولى، إلى جوار الأشقياء الذين أوعظوا في

(١) "دستورية عليا" القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨، قاعدة رقم ١٠٤-

ص ١٣٦٥. وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

الجريمة، وأنفوها كنمط لحياتهم. وقد يعهد القائمون على إدارة السجون -وبالنظر إلى قناتهم- بضبط نظامها، وعلى الأكل في بعض جوانبه- إلى أكثر السجناء غلظة، وأيقضهم إلى رفاقته. فلا يكون فرض الأمن داخلها إلا من خلال التضحية بحكم القانون وبالعادلة، ليخرج المودعون في هذه المسجون منها، أشد إجراماً وأكثر تمرداً على مجتمعهم.

وفي إطار هذه الأوضاع المقيتة، صار ينظر إلى قسوة العقوبة، ليس فقط على ضوء مبلغها عند الحكم بها. وإنما كذلك على ضوء كيفية تنفيذها التي كثيراً ما تزيد من أمراض العقوبة، وتحيلها عبئاً فادحاً على من أصابتهم بقيودها.

المبحث الثامن

القوانين الجنائية وشرط الوسائل القانونية السليمة

٦٦١- لا يفترض في النظم الجنائية أنها نظم خيالية تبلور قيما نظرية هائلة في الفراغ. وإنما هي نظم واقعية تتطور مفاهيمها في إطار الحرية المنظمة التي لا يجوز إهمال متطلباتها حتى في أسوأ الجرائم وأفحشها The most heinous crimes.

ذلك أن هذه النظم تحدد -من خلال إجراءاتها وقواعد الموضوعية- نطاق الحقوق التي تكفلها للمخاطبين بها، والتي توازن بها بين حق الجماعة في ضمان مصالحها الجوهرية، وحقوق الجناة المحتملين أو المتهمين التي لا يجوز النزول عنها أو التفریط فيها، والتي يتقيد بها الحق في القصاص من العابثين بالنظم الجنائية، بما يكفل تحقيق الأغراض التي تستهدفها، وبما لا يخل بأية قاعدة قانونية يكون إنصافها مقتضيا تطبيقها، ولو لم ترد هذه القاعدة في وثائق إعلان الحقوق.

ومن بين هذه القواعد، أن سريان النظم الجنائية في شأن المخاطبين بها، يفترض فهمهم لحقيقتها. فإذا شابها غموض جهل بأحكامها -وعلى الأخص فيما يتعلق ببينان الجرائم التي أحلتها- ناقض تطبيقها شرط الوسائل القانونية السليمة التي لا يجوز النظر إليها بوصفها وسائل جامدة مفاهيمها. ذلك أن هذا الوسائل متطورة بطبيعتها، متجددة وواحدة، لأنها تبلور في مجموعها ما تراه الجماعة حقا وإصلافا على ضوء قيمها في لحظة زمنية بذاتها، ولأن السلطة التحكيمية التي تفرض نفسها على رعاياها بما يضر بهم، تكتفئ بتصرفاتها حكم الدستور والقانون.

ولا شبهة في أن الحق في الحياة أو الحرية وكذلك حقوق الملكية، تمثل أهم القيم التي تسمها القوانين الجنائية. وجميعها مصالح يحميها الدستور ولا يجوز أن يخل بها اتهام جنائي. ما لم يقتصر الفصل فيه بالوسائل القانونية السليمة التي تقتض تحقيق دفاع المتهمين وسماع أقوالهم قبل إدانتهم بالجريمة^(١). ولا يجوز بوجه خاص حرمان شخص من مزايها كان يحصل من الدولة، لمجرد تعبيره عن آراء يؤمن بها. إذ يعتبر هذا الحرمان عقابا علي مباشرته لحرية التعبير وللحق في الاجتماع بالمخالفة للدستور^(٢). ويتعين بالتالي قبل الحرمان من هذه المزايا أن يتوافر لصاحبها فرص الدفاع التي يقتضيها شرط الوسائل القانونية السليمة^(٣).

(١) Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564 (1972).

(٢) Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972).

(٣) Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

Pre-Termination evidentiary hearing شأن الحرمان من هذه المزايا، شأن الحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية إذا تهددها اتهام جنائي. ذلك أن هذا الاتهام يؤول إلى زوال هذه الحقوق كلها أو بعضها إذا ظل قائماً بغير دفاع يقطع. ومن ثم يكون حق المتهم في نفي الاتهام ومواجهة الشهود الذين تقدمهم النيابة لإثباته وتنفيذ أقوالهم، ولقعا في إطار للوسائل القانونية السلمية، بما في ذلك دفاع المتهم ببطلان القبض والتفتيش، ومباشرة لوجه الدفاع المختلفة عن طريق محام مأجور من اختياره من اختياريه *Due Process requires an opportunity to confront and cross-examine adverse witnesses.*

ولا يجوز القول بأن حضور المحامي للمأجور مع المتهم، يطيل أمد الدفاع أو يعقده. ذلك أن المحامي هو الأكر على تحديد النقاط المتنازع عليها، وترتيبها في صورة منطقية، ومواجهتها قانونا، وحماية مصالح المتهم بالتالي في نفي التهمة بكل أجزائها، وعلى الأخص عن طريق إسقاط الأدلة التي لا يجوز قبولها قانونا، أو التي أخفها النيابة لتظهرها في اللحظة الأخيرة التي لا يكون المتهم قد نهيأ قبلها للرد عليها. ويتعين دوما أن يدور هذا الدفاع على نحو يؤمن جديته، وأن يتم في إطار قواعد إجرائية منصفة لها مصداقيتها (1). *Fairness and Reliability.*

كذلك لا يجوز في أية حال أن تكون التكلفة المالية التي يقتضيها تحقيق دفاع المتهم، حائلا دون إعمال شرط الوسائل القانونية السلمية، ولا عاملا مرجحا يعوق تطبيق هذا الشرط.

وينبغي أن يلاحظ كذلك أن دفع المتهم للتهمة، يفترض إخطاره بها، وأن يكون الدفاع ملائما على ضوء طبيعة التهمة ودرجة تعقدها.

(1) *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

المبحث التاسع

تكامل القانون الجنائي في جوانبه الموضوعية والإجرائية

٦٦٢- القانون الجنائي الموضوعي والإجرائي، متكاملان في أثرهما على الحق في الحياة وفي الحرية والملكية. ذلك أن أولهما يواجها بالجزاء، وثانيهما بكيفية توقيعه. وإذا قيل بأن أولهما أكثر خطراً على الحرية الشخصية لأنه يقيداً بتقييداً مباشراً، إلا أن فرض عقوبة أو توقيعها في غير حدود القانون، لا يقل سوءاً عن الفصل في الاتهام الجنائي بغير دفاع، أو بصورة مختصرة، أو خلال مدة مسببة في طولها، أو في إطار محكمة لا تتوافر لها ضمانات الحيدة والاستقلال التي تعطي أحكامها دليل مصداقيتها، وتكفل قبول الجماهير لها.

وتنزل للقبود التي يفرضها القانون الجنائي الموضوعي خطراً وأهميتها من النواحي الآتي بيلتها:

أولاً: أن من بينها ما يتصل مباشرة بالشرعية الجنائية كتنطق القانون الجنائي بالعمل بذواتها نص عليها وحصرها، حتى لا تخطط دائرة التجريم بدائرة الإباحة، وهي الأصل؛ وكسريان القانون الجنائي على الأعمال التي تقع بعد تاريخ العمل به، حتى لا يكون هذا القانون رجحياً في أثره، ويحظر فرض عقوبة بغير حكم قضائي Bills of Attainder، أو فرض عقوبة لا أصل لها في القانون، أو تقرير عقوبة فيما وراء حدود القانون.

ثانياً: قيود تتصل بضرورة ضمن حقوقي المواطنين وحرياتهم التي كفلها الدستور، فلا يدخل بها المشرع؛ كأن يفرض عقوبة على مباشرة الفرد لحرية التعبير أو للحق في الاجتماع أو لحرية العقيدة أو لبحوث علمية أجرامها، أو لعمل من أعمال الإبداء قام به، أو لزوج مختلط دخل فيه Interracial marriage، أو للحق في تكوين أسرة، وحماية أفرادها ورعايتهم، أو للحصول على كل معلومة نافعة، أو للاستمتاع بوجه علم بكافة المزايا التي تتولد عن سعي الإنسان الحر لبلوغ السعادة التي يرتجئها في إطار الحرية المنظمة، ولا يجوز أن يتخذ المشرع بالتالي سوفي إطار سلطته في فرض الجزاء الجنائي - من العقوبة مستتراً بتقييد به مباشرة حقاً أو حرية كفلها الدستور^(١).

ثالثاً: أن شرط الوسائل القانونية السليمة لا ينحصر في القواعد الإجرائية التي تكفل محاكمة المتهم بطريقة منصفة A guarantee of procedural fairness، وإنما لهذا الشرط مفهوم موضوعي كذلك. ذلك أن تطبيق المفهوم الإجرائي لهذا الشرط، يقصر عن مواجهة الأحوال

(١) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905); Zucht v. King, 260 U.S. 174 (1922); Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927); Minnesota v. Probate Court ex rel Pearson, 309 U.S. 270 (1940)

التي تتال فيها القوانين الجنائية بطريقة تحكيمية Arbitrary line-drawing من الحق في الحياة أو في الحرية أو في الملكية، أيًا كان قدر إنصافها في تطبيقها إجرائيًا على المواطنين. ولا يجوز بالتالي وفق المفهوم الموضوعي لشرط الوسائل القانونية العملية، أن تفرض القوانين الجنائية في غير ضرورة؛ ولا أن يتم تطبيقها بصورة انتقائية تخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة فيما بين المواطنين، ولا أن يشوبها غموض يجهل بمضمونها، فلا تتضمن إخطاراً كافياً بالأفعال التي نهتهم عنها^(١).

٦٦٣- تلك محاور ثلاثة للقيود التي يفرضها الدستور على القانون الجنائي الموضوعي بالنظر إلى خطورة الآثار التي يربتها في علاقته بالمخاطبين به.

ذلك أن العقوبة التي تفرضها القوانين الجنائية الموضوعية -وبالنظر إلى طبيعتها- تتال أصلاً من حرية الفرد أو من ملكيته، وقد تجرده من الحق في الحياة. يؤيد هذا النظر أن العقوبة تاريخياً كانت أداة اضطهاد وقهر، تسلط بها الطغاة لتحقيق مصالحهم التي لا شأن لها بالأغراض الاجتماعية للقوانين الجنائية؛ ولا بصون حقوق الأفراد وحياتهم التي كللها الدستور؛ ولا بضرورة الفصل بين حقوق الطغاة ومصالح مواطنيهم التي خلطها الطغاة بحقوقهم أو امتيازاتهم.

بيد أن إيمان الأمم المتحضرة بالحق في الحياة، وبضرورة ضمان الحرية بما لا يرهقها في غير مبرر، وبما لا يخل بحقوق المواطنين وحياتهم الأساسية، حملها على ضبط القوانين الجنائية -في إطار نظم مندية- بما لا يحور أهدافها أو يشوهها.

وكان طريقها إلى ذلك إيدال للقوانين الجنائية التي تجهل بالأفعال التي تؤثمها، بقوانين تتوافر فيها خاصية اليقين بما يزيل الغموض فيها. وذلك بأن تصاغ بلغة صارمة قاطعة معانيها، حتى توفر للمخاطبين بها، إخطاراً كافياً بمضمون الأفعال التي حظرها.

ولم تعد الجريمة تحكمها نزوة المشرع، لا في بيانه مضمون الأفعال التي تكونها، ولا في تحديده لنوع أو لعدد عقوبتها.

وقد كان التطور في هذا الاتجاه بطيئاً في أول الأمر، إلا أن تصاعده بصورة مطردة، دل على حيويته وضرورته، وعلى أن الصراع من أجل الحرية وضمان حقائق العدل، مديد ومرير في آن واحد، وأن خطأ يتعين أن يرسم ليفصل بصورة حادة بين الأفعال التي يجوز تأنيبها في إطار الضرورة الاجتماعية، وتلك التي يتمحض تجريئها عن إساءة استعمال السلطة.

(١) Bolling v. Sharpe, 347 U.S.497 (1954).

وإجراء هذا التقسيم وإن كان ضرورة لا نزاع فيها ولا يحتاج فهمه إلى بيان؛ إلا أن الطريق إلى التمييز بين أفعال يجوز فرض عقوبة على إتيانها وأفعال أخرى لا يجوز أن يشملها هذا الجزاء، من الصعوبة بمكان، إذ يقوم على الموازنة بين مصلحتين قد تتعارضان.

أولاهما: حقوق الفرد قبل الجماعة، وثانيتهما: مصلحة الجماعة في مواجهة مواطنيها.^(١) ولئن كان تحقيق هذا التوازن بين هذين النوعين من المصالح، وتحديد العوامل التي تؤثر فيه، من المسائل الإجرائية، إلا أن أثره على حرية الفرد يتصل بجوهر الحقوق التي يملكها. وهو ما حدا ببعض النسابير إلى النص على ألا يحرم أحد من الحق في الحياة، ولا من حريته أو ملكيته بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة، أو ينال من الوسائل القانونية السليمة التي تعتبر في كل حال وعاء نظام الحقوق ببلور جوهر العدالة، ويستتبع القواعد الأخلاقية التي فرضتها تقاليد الجماعة وقيمها، الفلانة -حقاً وصدقاً- في أعماقها، إلى حد اعتبارها من القواعد الرئيسية التي تدل على حضارتها وارتقاء حصنها^(٢).

ذلك أن الحرية التي يحجبها المستور، هي الحرية من كافة القيود المفروطة في التحكم، والتي لا ترتجى فائدة منها Substantial arbitrary impositions and purposeless restraints.

٦٦٤- وإذا كان ما تقدم هو الشأن في القانون الجنائي الموضوعي، فإن القانون الجنائي الإجرائي كثيراً ما يكون شديد الخطر بالنسبة إلى مصير المتهم، وعلى الأخص من جهة القواعد الإجرائية التي تتصل بأدلة الجريمة التي يجوز قبولها قانوناً، والآلية التي يتم على ضوئها إدارة العدالة الجنائية، والتي تؤثر درجة التكامل في إجراءاتها في مادة الخصومة الجنائية أو موضوعها. وليس مقبولا بالتالي أن يدان متهم بناء على واقعة لم تناقشها محكمة الموضوع لو لم تطرح عليها. ذلك أن الوصول إلى الحقيقة العارية أو المطلقة ليس مطلوباً، وإنما هي الحقيقة في جوانبها التي يجوز عرضها لإجراءها على المحكمة، والتي بدونها يستحيل أن نطمئن إلى أية نتيجة موثوقة منها^(٣).

The object of the search in a criminal trial, as it appears to day, is not for naked truth, but for that portion of the truth which the rules permit to be presented.

(١) Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1928); Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 12 (1972); Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961); Skinner v. Oklahoma, ex rel. Williamson, 316, U.S. 535 (1942); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

(٢) Bassiouni, Criminal law and its Processes (The law of public order, 1974, pp.313-320).

الفصل الثاني قواعد الشريعة الجنائية

المبحث الأول لا جريمة بغير قانون No Crime without law Nullum Crimen Sine Lege

٦٦٥- ليس التجريم عملية لا ضابط لها، ذلك أن الأفراد في سلوكهم يأتون كافة الأعمال التي يرونها كافية لمصالحهم، بغض النظر عن الآثار التي ترتبها. غير أن وجود الأفراد في إطار تنظيم اجتماعي يضمهم، يفترض صونهم لحقوق الآخرين بما لا يرهقها أو يعطلها. وكان على المشرع أن يتدخل ليحدد خطأ واضحاً بين الأعمال التي يؤذن لهم بالقيام بها، وتلك التي ينهاهم عنها^(١). وقد يفرض القانون المدني جزاء على بعض الأعمال المخالفة لأحكامه، كتقرير بطلان بعض العقود بطلاناً مطلقاً أو نسبياً.

ويقترن للجزاء الجنائي بلّتان للمخاطبين بالقوانين الجنائية لأفعال أشمها المشرع، ولكن الجناة قارفوها، فحق عليهم جزاؤها. ويتعين بالتالي أن يكون هذا الجزاء -وهو جزء من الجريمة التي أنشأها المشرع- فلا توجد بدونه- قائماً على ضرورة اجتماعية تبرره، يبلورها أصلاً قانون بمعنى الكلمة يصدر عن السلطة التشريعية.

بيد أن الدستور -خروجاً على هذا الأصل- قد يجيز التجريم -لا بقانون- وإنما في حدود القانون. ولا يعتبر هذا التفويض من قبيل اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين المشار إليها في المادة ١٤٤ من الدستور؛ ولا هو صورة من صور التفويض العام بتقيد بشروطه المنصوص عليها في المادة ١٠٨ من الدستور؛ وإنما هو تفويض خاص يتعلق بأحوال بنواتها تعيينها للسلطة التشريعية التي تنزل للسلطة التنفيذية عن بعض مظاهر اختصاصها في مجال التجريم، لتتولاها بنفسها في الحدود التي يبينتها السلطة التشريعية. وهو ما تنص عليه المادة ٦٦ من الدستور التي تقضى بالآلية جريمة ولا عقوبة إلا ببناء على قانون^(٢).

(١) لا يدخل اللواط في إطار الحق في إنشاء علاقة حميمة. بل هو ليس بحق أصلاً.

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

كذلك ليس حق المرأة في إجهاض نفسها من الحقوق المطلقة الناشئة عن خصوصية تصرفاتها في جسدها

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

(٢) United States v. Eaton, 144 U.S. 677 (1892) "Only acts which the legislature has forbidden, with penalties for disobedience of command, are crimes".

وحتى لو أتم الدستور بعض الأفعال كجرائم الخيانة، وجرائم القراصنة في أعالي البحار، والجرائم ضد قانون الأمم، والجرائم ضد العملة، وعلى الأخص ما تعلق بتزييفها، إلا أن السلطة التشريعية حرة خالق الجرائم وتقدير عقوباتها، بقدر ما يكون ذلك ملائماً لتحقيق غرض علم^(١). ومن ذلك تجريم التآمر ضد مواطن لحرمانه من مباشرة حق، أو الانتفاع بامتياز يكفله الدستور أو القانون، وتجريم محاولة التلصص من دين الضريبة.

بيد أن الصعوبة الحقيقية، هي في اتجاه بعض المحاكم إلى فرطية للنصوص القانونية من خلال تطبيقها على أحوال لا تشملها هذه النصوص وقياسها عليها. حال أن الأفعال جميعها لا ينظر إليها إلا بالفترض بقائها على أصل إباحتها. فلا تخرج من هذا الأصل إلا بنص صريح. فإن لم يصدر، فإنها تظل في نطاق الحل أيما كان قدر إخلالها بالنظام العام أو فوضويتها أو إساعتها إلى التقاليد السائدة. ولا يجوز بالتالي وصفها بأنها جرائم من نوع خاص. ذلك أن الجريمة لا يحدثها إلا نص قانوني، فلا يجوز افتراض وجودها، ولا خلقها من خلال التفسير القضائي، ولا تعيين أركانها بما يجهل بها. يصار أصلاً في القانون الجنائي إلى جريمة بغير قانون أو في حدوده

ويتصل بهذا الأصل ألا عقاب بغير جريمة، ولا جريمة بغير عقوبة، ولا رجعية للقوانين الجنائية، ولا عقوبة بغير حكم قضائي.

وفيما يلي تفصيل لما تقدم

أولاً

لا عقاب بغير جريمة

No punishment without law

Nulla Poena Sine Lege

٦٦- لا تنفصل العقوبة عن الجريمة، ذلك أن الجريمة لا توجد إلا في إطار عملية قانونية يرتبط بها تقدير الجزاء على ارتكابها.

وكما أن الجريمة لا ينشأها إلا قانون أو في حدوده؛ كذلك تتحدد عقوبتها بالطريقة ذاتها. وهما بذلك كل لا يتجزأ. فالتجريم يفترض إخراج أفعال بنواتها من دائرة الحل. ولكن مجرد إخراجها من هذه الدائرة، لا يكفي لإلحاقها بالمفاهيم المعاصرة للجريمة. وإنما تدخلها العقوبة -بما يتوافر لها من خاصية الردع- في زمرة الأفعال التي أتمها المشرع جنائياً.

(١) United States v.Fox, 95 U.S. 670 (1978); United States v.Hall, 98 U.S. 343 (1879).

وهذه العقوبة هي التي يستلها الجناة المخطئون ويدركونها فيما يقيمون عليه من الأفعال التي نهاهم المشرع عنها. ويقدرّون بالتالي على ضئفها مخاطر إثبات الجريمة، ومزايا التخطي عنها. ولا يتصور في النظم القانونية جميعها، أن تفرض عقوبة ثقيلة على أفعال يراد زجر المواطنين عن ارتكابها؛ ولا أن يكون تطبيق العقوبة الملائمة -سواء في نوعها أو مقدارها- تنكيلا بمن تسببهم؛ ولا أن تفرض عقوبة سراً، فلا يعرفها غير من يصيبهم أذاها.

ثانياً

لا جريمة بغير عقوبة

No Crime without punishment

Nullum Crimen Sine Poena

٦٦٧- هذه القاعدة هي الوجه الآخر لمساقتها، وهما بالتالي معنيان متقابلان لا متصادمان. ولا يتصور بالتالي أن توجد قوانين جنائية بغير عقوباتها، وإلا اختلط أمرها بغيرها من القوانين. فلا تكون لها ذاتيتها. ويفترض ما تقدم، ألا يكون جزاء الجريمة، من طبيعة مدنية، وإلا صار القانون الصادر به مجرداً من خصائص القوانين الجنائية، فلا يلحق بها أو يأخذ حكمها.

ثالثاً

امتناع تقرير أثر رجعي للقوانين الجنائية

The Prohibition Against Ex Post Facto Laws

٦٦٨- وإذ كان قانون الجريمة، هو قانون للقيم الاجتماعية التي لا يجوز الإخلال بها؛ إلا أن الشرعية الدستورية تظل إطاراً لهذا القانون الذي ترتد جذوره إلى القانون الطبيعي، وكذلك إلى محصلة الخبرة الإنسانية في شأن ما يعتبر -في ركائزه الجوهرية- عدلاً وإنصافاً.

وتوازن هذه الشرعية بين السلطة البوليسية التي تملكها الدولة في مواجهة الخاضعين لها؛ وبين ضرورة حمايتهم في مواجهة إساءة استعمال هذه السلطة خروجاً بها عن أهدافها، وعلى الأخص من ناحية قيم العدل التي يتعين أن تلتزمها، والتي يحرص المواطنون على ضمانتها.

وهذه القيم التي ينتزع تحتها خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية -وما يقترن به من حقوق- تشكل جزءاً من الوسائل القانونية السليمة التي لا يجوز الإخلال بها.

ذلك أن لكل جريمة عقاباً. ومن شأن عقوبتها تقييد الحرية الشخصية أو إهدار الحق في الحياة أو في الملكية. وهي عقوبة لا يجوز فرضها على أفعال تم ارتكابها قبل العمل بها Ex post facto Laws. وهذه القاعدة التي تقبلها الدول المعاصرة جميعها، ولا تأثير جدلاً في شأنها، لا مجال لتطبيقها في غير القوانين الجنائية، وأساسها أن كل عقوبة تفترض في المنظرين بها، إحاطتهم بماهيته قبل سريتها. فإذا جرم المشرع فعلاً كان مباحاً وقت ارتكابه، أو فرض عقوبة أشد على أفعال كانت عقوبتها أقل حين ارتكابها، فإن تقرير سريان القانون الجديد عليها، يعتبر مخالفاً للمستور، ولو تخفى القانون الجديد في شكل مني^(١).

ذلك أن رجعية القوانين الجنائية محظورة في النسائير جميعها، حتى تلك المعمول بها في نطاق ولاية داخل تنظيم فيدرالي^(٢). ولا يجوز بالتالي تكثيم فعل كان مباحاً وقت ارتكابه، ولا أن يوقع المشرع على فعل مؤتم عقوبة أشد من العقوبة التي كان المشرع قد حددتها من قبل للجريمة ذاتها، ولا أن يبدل إنسان عن أفعال كانت مؤتمة حين فارقها، ثم ألغى المشرع تجريمها بأثر رجعي يترك إلى اللحظة التي حطر فيها ارتكابها^(٣).

ولا يجوز كذلك أن يبدل المشرع من بنيان جريمة كان قد حدد من قبل ارتكابها، لينصو بمركز شخص كان قد ارتكبها.

٦٦٩- ولا يعتبر عقاباً رجعياً في مفهوم القوانين الجنائية:

١. حرمان الأمخاص الذين يجمعون بين أكثر من زوجة Polygamist من حق الاقتراع. إذ يتصل هذا الحرمان بالشروط التي يتعين أن يباشر حق الاقتراع في نطاقها^(٤).
٢. صدور قانون يخول وزير شؤون العمل إعداد غير المواطنين الذين يرتكبون جرائم سابقة على صدور هذا القانون. وكذلك كل قانون يلغى الإعانة الاجتماعية لكبار السن من غير المواطنين الذين تم طردهم بالنظر إلى انتمائهم إلى الحزب الشيوعي^(٥).

(١) Burgess v. Salmon, 97 U.S. 381 (1878)

(٢) Lindsey v. Washington 301 U.S. 397 (1937).

ويلاحظ أنه كان يظن أن قاعدة عدم الرجعية تنصرف إلى القوانين بوجه عام حتى ما كان منها مندياً. ثم استقر القضاء على قصر تطبيقها على القواعد الجنائية (Calder v. Bull, (3 U.S.)3 Dall. 386 (1798) ولكن لا يجوز أن يسطب قانون جنائي، الصفة المدنية لتجوز سريته بأثر رجعي.

(٣) Murphy v. Ramsey, 114 U.S. 15 (1885).

(٤) Mahler v. Eby, 264 U.S. 32 (1924).

(٥) Flemming v. Nestor, 363 U.S. 603 (1960).

٣. تغيير مكان محاكمة الشخص بعد ادعاء ارتكابه لجريمة نسبتها النيابة إليه. فإذا لم يكن مكانها قد تحدد أصلاً، جاز أن يحدده المشرع بقانون لاحق^(١).

ولازم ما تقدم، أنه إذا صدر قانون ملغيا الأكثر الرجعي لعقوبة فرضها قانون سابق، فإن من أتى الجريمة قبل إقرار القانون اللاحق، لا يجوز أن يدان عنها بمقتضى أحد هذين القانونين.

وعلى القاضي -كلما كان ذلك ممكناً- أن يحمل القوانين الجنائية رجعية الأثر -من خلال تفسيرها- على التطبيق المباشر لأحكامها.

٦٧٠- ويقصد بالقوانين رجعية الأثر، ما يلى:

أولاً: القوانين التى تفرض جزاء -مدنيا كان أم تجانياً- على أفعال لم يكن يقارنها جزاء من هذا النوع حين إتيانها. وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا أن مضمون القاعدة القانونية التى تنص على الدولة للقانونية عليها، وتتقيد هى بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التى لزمتهما الدول الديمقراطية فى مجتمعاتها، واضطرد العمل عليها فى مظهر سلوكها المختلفة وأنه مما ينأى مفهوم الدولة للقانونية، أن يقرر المشرع سريان عقوبة تأديبية بلتر رجعي، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها، تشكل ذنباً إدارياً مؤاخذاً عليه بها^(٢).

ثانياً: تعبر مخالفة للستور، يمين الولاء Loyalty Oaths التى يتخذها المشرع أداة لحرمان الأشخاص الذين يتكلمون عن حلفها، من الحق فى العمل للعام -أو من غيره من الحقوق التى يكون الستور قد كفلها- إذا كان ما توخاه بهذه اليمين، عقابهم عن أنماط سابقة من سلوكهم المشروع^(٣).

(١) Cook v. United States, 138 U.S. 157 (1891).

(٢) "دستورية عليا" -لقضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية "دستورية" قاعدة رقم ١٤- جلسة ٤ يناير ١٩٩٢- ص ٩٥ و ٩٦ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكامها.

(٣) ويلاحظ أن يمين الولاء فى ذاتها، غير مخالفة للستور بالنظر إلى ضرورتها لضمان الأداء الأكفم للعمل العام. ويفترض ذلك أن تصاغ اليمين الدستورية فى حدود ضيقة، ذلك أن اتساع دلالاتها يطلها.

نظر فى ذلك:

Gramp v. Board of Public Instruction, 368 U.S. 278 (1961).

Grenade v. Board of Supervisors of Elections, 341 U.S. 56 (1951); Garner v. Board of Public Works, 341 U.S. 716 (1951); Adler v. Board of Education, 342 U.S. 485 (1952).

ثالثاً: كذلك يعتبر فرض عقوبة على الممولين الذين يتخلفون قبل سريانها، عن إفساء ضريبة سابقة، إعمالاً لهذه العقوبة بأثر رجعي، شأنها في ذلك شأن قوانين العفو التي يقرر المشرع إلغائها منذ العمل بها.

رابعاً: ويعتبر القانون رجعي الأثر، إذا غلط العقوبة المقررة للجريمة بعد ارتكابها، وقرر مزيل العقوبة الأشد عليها.

وكذلك إذا كان للعقوبة التي فرضها المشرع للجريمة، حد أدنى، ثم جعل قانون لاحق، حدماً الأقصى جزاء وجوباً لها.

وإذا كان الجزاء على الجريمة هو السجن المؤبد أو الإعدام، ثم أبدل المشرع هذا الخيار بعقوبة واحدة هي الإعدام، فإن هذا القانون يكون رجعي الأثر فيما يتعلق بالجرائم التي تُسم ارتكابها قبل هذا التعديل.

وإذا قرر المشرع إلغاء تنفيذ عقوبة الجريمة، جزاء إضافياً لها، كالإيداع في زنزانة انفرادية حتى اكتمال القصاص من مرتكبها، فإن هذا القانون يكون رجعياً في أثره ومخالفًا للدستور. وهو ما يتحقق كذلك بإحلال عقوبة السجن المنفرد بدلاً من السجن البسيط، وتطبيقها على من أدانته المحكمة، بالعقوبة الثانية. ولا كذلك نقل المسجون من سجن إلى سجن آخر ولو كان أقل ملامة بصورة جوهريّة من الأول. إذ ليس للمسجون حق البقاء في الأماكن التي أودع أولاً فيها، ولو كان هذا النقل جزاء لفعال أثارها المسجون، وصار عقاباً بالتالي^(١).

ولا يعتبر رجعي الأثر، تغليظ العقوبة في شأن مجرمين سابقين بعد إصرارهم على الإجرام، إذ يعتبرون عائدين، ويستحقون بالتالي العقوبة الأغلظ عن الجريمة الأخيرة التي ارتكبوها، دون جرائمهم السابقة التي تظل عقوباتها على حالها بلا تغيير^(٢).

ومع ذلك إذا كان القانون الصادر بتغليظ العقوبة على المجرمين العائدين، لم يعمل به إلا بعد إتيان الجرائم السابقة جميعها، فإن عقوبة الجريمة الأخيرة التي أثارها جان قبل نفاذ هذا القانون، لا تزيد.

(١) Meachum v. Fano, 427 U.S. 215 (1976).

(٢) Gryger v. Burke, 334 U.S. 728 (1948).

خامساً: والرجعية في الصور المتقدمة جميعها، ترتبط بالقانون الأموا بالنسبة إلى مركز المخاطبين بالنظم الجنائية. فإذا كان القانون أهون أثراً؛ أو كان يحل طريقة تنفيذ عقوبة الإعدام من الشنق إلى الصعق بالكهرباء، فإنه لا يعتبر مخالفاً للدستور^(١).

سادساً: وإذا أدخل المشرع بآثر رجعي، تعديلاً على القواعد القانونية التي قورها فسي شأن الجريمة من جهة إثباتها، بما يجعل للتكليل على صحة إسنادها إلى المتهم بارتكابها، أيسر على سلطة الاتهام من الشروط السابقة التي كان معمولاً بها قبل تعديل شرائط قبول أو وزن الدليل، فإن هذا القانون يكون محظوراً.

ولا معنى ذلك أن كل تغيير في القواعد الإجرائية فيما بين الجريمة والفصل فيها، يعتبر مشوباً بعدم الدستورية. ذلك أن بطلان هذا التغيير يتحدد على ضوء ما إذا كان من أشده الإضرار بصورة جوهرية أو خطيرة بمركز المتهم. ولا يجوز بالتالي إنقاص عدد المحلفين؛ أو الاكتفاء بموافقة أغليتهم، بدلاً من اشتراط إجماعهم على قرار يدينون به المتهم. إذ يفترض في هاتين الصورتين أن دلائل أقل تكفي لإقناع عدد أقل من المحلفين، وتعتبر محظورة بالتالي. بما مؤده أن ما يقبل أو لا يقبل من التغيير في القواعد الإجرائية، أمر يتصل بدرجة التغيير أو مداه *The distinction is one of degree*.

فكلما كان التغيير منتهياً إلى الإضرار الخطير بمركز المتهم - كالإخلال بحقوق الدفاع التي يفترض أنه يملكها - كان هذا التغيير غير مشروع^(٢). ومن ذلك أن بصير إثبات براءته بعد إجراء هذا للتغيير، أكثر صعوبة^(٣).

والتغيير في الأوضاع الإجرائية عن طريق إحلال محكمة محل المحلفين في الفصل في الاتهام الجنائي، يعتبر معيها؛ وإن كان للعكس يوفق للدستور.

وقضى بأن إلغاء الطعن استئنافياً في الحكم الصادر من محكمة أول درجة - وبآثر رجعي - لا مخالفة فيه للدستور. وهو ما أراه محل نظر، إذ لا يجوز بعد بدء ميعاد الطعن، إلغاء طريقته.

(١) Malloy v. South Carolina, 237 U.S. 180 (1915).

(٢) Beazell v. Ohio, 269 U.S. 167, 170, 171 (1925).

(٣) Cumming v. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1867).

سابعاً: وكلما كان مضمون القانون منطوياً على تقرير عقوبة جنائية بأثر رجعي، فلن هذا القانون -ولو أفرغ في صورة القوانين المعدلة- يعامل باعتباره قانوناً جزائياً. بما مؤداه أن مضمون القانون، وليس الصورة التي اتخذها، هي التي تحدد ما إذا كان محتواه عقابياً أم لا. وتجريد مواطن من جنسيته، يعتبر عقاباً لا يجوز أن يؤسس على واقعة سابقة لم يجرمها المشرع قبل هذا التجريد.

ثامناً: وفيما يتعلق بالضريبة التي يفرضها المشرع بأثر رجعي، ويقرر جزاءً جنائياً على عدم أدائها، فلن من المقرر قانوناً أن مراجعة السلطة التشريعية لقوانين ضريبية سابقة على ضوء ما أسفر عنه تطبيقها، وإن كان يدخل في اختصاص هذه السلطة حتى توفر للدولة الموارد التي تحتاجها للنفوس بمراقبتها؛ وكانت الضريبة في بواعثها مما يستقل المشرع بتقديره؛ إلا أن الضريبة رجعية الأثر -في مضمونها وجزائها- تكون مخالفة للمستور، إذا أجازها المشرع على أعمال قانونية اكتمل تكوينها ونفاذاً قبل صدور قانون الضريبة الجديدة؛ وكان المكفون بأداء هذه الضريبة، لا يتوقعونها -في مجموعهم- بالنظر إلى طبيعتها أو مبلغها؛ أو كان يتخذ عليهم عقلاً توقعها أثناء تعاملهم في أموالهم في إطار الضريبة القديمة، ونقلهم ملكيتها إلى آخرين على ضوء أحكامها.

ذلك أن سرعان الضريبة الجديدة عليهم في شأن صور التعامل هذه، للنافذة أثناء سريان الضريبة القديمة، يصادم توقعهم المشروع لنطاق تطبيقها^(١)، ويعتبراً بالتالي جزاء غير مبرر.

تاسعاً: وقاعدة رجعية القوانين، وما يرد عليها من قيود من جهة جوازها أو حظرها، وإن كان لا شأن لها بالمبادئ التي تضعها السلطة القضائية من خلال اجتهاداتها إلا أن تطبيقها لاجتهاداتها هذه بأثر رجعي في شأن أفعال تم ارتكابها قبلها، وبما يؤثر أو يضر بحقوق المتهمين بإثباتها، يظل محظوراً.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" -جلسة ٢ يناير ١٩٩٣- قاعدة رقم ١٢- ص ١٢١ ومما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

رابعاً

لا عقوبة بغير حكم قضائي

The prohibition Against Bills of Attainder

٦٧١- قد يصدر قانون خاص في شأن أشخاص بذواتهم، أو في شأن أفراد طبقة يستلزم تعيينها ليفرض عليهم عقوبة الإعدام في شأن جرائم جسيمة -كجريمة الخيانة- ينسبها المشرع إليهم، ويفترض ثبوتها في حقهم، ويقرر بالتالي عقابهم بغير حكم قضائي يصدر وفق النمط المعتاد لمسار الإجراءات القضائية. فلا يكون عقابهم تشريعياً موافقاً للمستور. وقد يقرر المشرع عقابهم عن جرائم أقل بغير توبة الإعدام، بناء على الأدلة التي يتوصل هو إليها، ولو كان القبول بها غير جائز.

وهو في الحالتين ينتحل سلطة قضائية لا يملكها، وإنما يقوم عليها طغياناً واستبداداً، ويمتثل في مباشرتها بمحض تقديره لقيام الجريمة التي يدعيها، موجهاً في ذلك بالضرورة السياسية التي يتصورها، أو بعامل السرعة والصم، ومنفوعاً أيضاً بمخاوفه غير المبررة، ويشكوكه التي لا أساس لها^(١).

ومن ثم تكون عقوبة الإعدام هي الجزاء المقرر أصلاً بذلك القانون. وقد تكون العقوبة المنصوص عليها فيه، أقل من الإعدام، كأن يصادر أموال الناس أو أراضيهم أو بضاعتهم أو جردهم من بعض حقوقهم المدنية أو السياسية، أو من امتيازاتهم، فلا يكون إلا قانوناً يفوض آلاماً أو صوراً من الجزاء Bills of pains and penalties يؤثر بها في حياة الأفراد أو حرياتهم، أو في ممتلكاتهم، في كل ذلك جميعاً.

ويتعين تفسير هذا الحظر على ضوء مقاصد المستور التي يناقها أن يكون الفصل في الاتهام الجنائي، بيد المشرع بالمخالفة لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية. فلا ينتحل المشرع لنفسه شيئاً من خصائص الوظيفة القضائية، ولا يقر قوانين أيا كان شكلها أو الصورة التي تفرغ فيها إذا تداول بها أفراداً معينين بذواتهم، أو ينتمون إلى طبقة بذاتها يسهل تعيين من يدخلون فيها، لعقابهم بغير محاكمة^(٢).

(١) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946); United States v. Brown, 381 U.S. 437 (1965); Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 Wall) 277 (1867); See also, 3.

(٢) J.Story, Commentaries on the Constitution of the United States (Bigelow ed.1891), 1344.

وليس بشرط إبطال هذه القوانين، أن يكون الجزء المقرر بها من طليعة عقابية أو
تقويمية Punitive or retributive أو قائماً على القصاص، وإنما يكفي أن يكون وقائياً
Preventive. وإنما يتعين أن نتخذاً تلك القوانين في كل أحوالها، إيقاع عقاب مباشر بغير حكم
قضائي^(١).

Bills of attainder are legislative enactments that undertake to inflict direct punishment without judicial determination or trial.

٦٧٧- ويشترط بالتالي حتى تكون هذه القوانين مخالفة للدستور، أن تصدر في شأن
أشخاص معينين، أو في شأن أفراد طليقة بذاتها An ascertainable class، يسهل تحديد المنتمين
إليها، وأن تورد بياناً بالأفعال التي نسبتها إليهم، والتي تقتضى تريعهم، وأن تقرر مسئوليتهم
عنها، وأن تكذبهم تشريعياً بسببها، وتعالقهم بالعقوبة المنصوص عليها فيها.

ومن ثم تتميز هذه القوانين بتعيينها لطليقة بذاتها، أو لأشخاص معينين تخصم بعقابها؛
وبأن مخالفتها للدستور تتحدد على ضوء أثرها؛ ولا شأن لها بالأشكال التي تترغ فيها. إذ لو
جاز القول بأن أشكالها هذه تمحو ضرورها، لكان من السهل إفراغها في صورة تخفى
مسئولتها؛ بما يناقض حقيقة أن القوانين لا تتحدد مفاهيمها وأغراضها إلا على ضوء مضمونها
ومقاصدها التي لا يجوز خلطها بالوظيفة القضائية التي تستل أهدفها عن الوظيفة التشريعية.

وإستقلال السلطة التشريعية عن القضائية مؤداه ألا تحل أو لاهما فيما نقره من القوانين
محل ثانيتهما في مجال تطبيقها على نزاع معين مطروح عليها. وهو ما يتحقق حين تكين
السلطة التشريعية بنفسها أشخاصاً بذواتهم عن أفعال تدمغهم بها وتعالقهم عنها، بغير محاكمة
منصفة تتوافر لها ضماناتها. بل إنها تقدر نوع عقوبتهم ومبلغها بقرار منفرد منها، على ضوء
ما تؤمن به من أفكار في شأن خطورة الأفعال التي نسبتها إليهم.

وقديماً كانت القوانين العقابية توجه إلى أشخاص بذواتهم لا يدينون بالولاء للناج، وكانت
عقوباتهم تتردد بين السجن والنفي، ومصادرة الملكية كجزاء. ثم تطورت القوانين للعقابية
لتنتمل أشخاصاً يمنعمهم المشرع من تقلد أعمال يعينها، بعد أن وصمهم بعدم الولاء في أدائها.
كل من يحرم المشرع بعض الأشخاص الذين تمردوا على السلطة، من مباشرة بعض المهين التي
حدها، أو يمنعمهم من تولي أعمال بذاتها -كالعضوية النقابية- إذا كانوا أعضاء في تكوين

(١) Ex parte v. Garland, 4 Wall (71 U.S.) 333 (1867).

حزبي يناهض السلطة. ولا كذلك أن تكون للقوانين التي أقرتها السلطة التشريعية، آثار تنصو ببعض المخاطبين بها، أو أن يكون تعيينها قائما على انتقالها بدلا دون آخر^(١).

٦٧٣- وهذه القوانين ذاتها، هي التي حظرها دستور جمهورية مصر العربية، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٦٦ التي تمنع توقيع عقوبة بغير حكم قضائي^(٢)، حتى لا تخرج السلطة التشريعية عن حدود ولايتها، بإقرارها لقوانين تؤول -في أثرها- إلى محاكمة عن طريق المشرع *A trial by legislature*.

ولئن دل العمل على أن معظم القوانين التي تفرض بنفسها عقاباً بغير حكم قضائي، تكون رجعية الأثر؛ إلا أن تقرير رجعيتهما ليس بشرط لوصفها بمخالفة الدستور.

ذلك أن أخطر ما يميز هذه القوانين، هو أنها تعين بنفسها الجريمة أو المؤاخذه التي تنسبها إلى الأشخاص المقصودين بها، أو إلى الطبقة التي ينتمون إليها، بوصفها ذنباً تكبهم به من خلال العقوبة التي حددتها؛ سواء تعلق ذنبهم بجريمة سابقة محددة أركانها *A pre-existing crime*، أو بجريمة ابتدعتها هذه القوانين عن طريق إحداثها أفعالا لم تكن حين إنشائها معاقبا عليها *An act made punishable ex post facto*.

ويظل واجبا التمييز بين القوانين التي تفرض عقابا بغير حكم قضائي؛ وبين القوانين التي تفصل شروط امتحان حرفة، أو مباشرة عمل أو أعمال بذواتها يدخل تنظيمها في اختصاص السلطة التشريعية بناء على نص في الدستور.

ذلك أن تقرير الحق في الحرفة أو المهنة؛ أو في مباشرة غيرهما من الأعمال على ضوء شروط موضوعية يحددها المشرع سلفا، ولو كان من بينها شرط حسن السيرة، لا يعتبر عقابا بغير حكم قضائي؛ ولا عقاباً رجعي الأثر، طالما أن المخاطبين بهذه القوانين لا يؤاخضون عن سابق ملوكهم إلا باعتباره متصلا بالأعمال التي يريدون مباشرتها، ولعاقاً في نطاق تقييم متطلباتها *Fitness*، ودخلت في إطار الصورة المنطقية لتنظيمها.

(١) *Nixon v. Warner Communications*, 435 U.S. 589 (1978); *Nixon V. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977).

(٢) وردت ثلاث جمل في الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية أولاهما خاصة بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ونصها: لا جريمة ولا عقوبة على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون. وتتمسك الثانية إلى تقرير عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائي *Bill of attainder*. وثالثتهما إلى عدم جواز تقرير عقوبة بأثر رجعي *Ex post facto laws* وذلك بنصها على "لا عقاب إلا بناء على قانون".

وعلى ضوء ما تقدم، لا تكون الشروط الموضوعية للتعيين فى الوظيفة الحكومية، عقاباً بغير حكم قضائى.

فإذا لم يكن للشروط التى وضعها المشرع لامتحان أعمال بذواتها، من صلة بأهدافها؛ ولا تتوخى بالتالى اختيار أفضل المتقدمين لشغلها، وأجدرهم بتوليها؛ فإنها تتمحض عقاباً بغير حكم قضائى لإثكارها عليهم الحق فى العمل بغير موع.

ومن وجهة نظر تقليدية، يفترض فى حرمان الأفراد من حقوقهم، أنهم لا يستحقونها بما جردهم منها. فإذا كان الفرض من قانون الحرمان، إزال عقوبة عليهم، كان هذا القانون مخالفاً للدستور.

ولا كذلك مطلق الإضرار التى تصيبهم. إذ يتعين دوماً لاعتبار القانون منصرفاً إلى معاقبتهم؛ أن يكون متوخياً لإزال جزاء بهم؛ لا تمييز فى ذلك بين قانون يجرمهم من بعض المزايا التى تخصهم؛ وبين قانون يجردهم من حقوق يملكونها. ذلك أن تباين قانونين فى نوع الجزاء، لا ينال من وجوده.

يؤيد هذا للنظر، أن ما تتوخاه المسانير من حظر توقيع عقوبة بغير حكم قضائى، ألا يذل المشرع بشخص أو بأشخاص عنيهم، عقاباً من نوع ما، بد أن أدانهم عن أفعال سابقة وصمم بها، ولو كان هذا الجزاء منصرفاً إلى التجريد من بعض الحقوق، أو من بعض الفرص التى كانوا يتمتعون بها كأعضاء فى مجتمعهم^(١).

ويدخل فى هذا الإطار -على ما سبق القول- يمين الولاء التى يقتضيتها المشرع من المتقدمين لوظيفة بذلتها أو القيام بعمل ما. إذ لا شأن لهذه اليمين بالشروط الموضوعية التى يحدد المشرع على ضوئها، أفضل المترشحين على الوظيفة أو المهنة، للحصول عليها. وهى شروط لها أهميتها وضرورتها لاتصالها بصلاحيه أداء بعض الأعمال، والقدرة على النهوض بها فى إطار مستوياتها التى تقتضيها طبيعتها، وضوابط ممارستها، وخصائص تصنيفها.

(١) وافق المندوبون فى مؤتمر الاستقلال الأمريكى بالإجماع على شرط عدم جواز توقيع عقوبة بغير حكم قضائى إزاء ما شهده من الجزاءات التشريعية التى أسرف فيها البرلمان الإنجليزى والتى طبقتها المستعمرات الأمريكية بدرجات متفاوتة. وقد ظلت هذه الجزاءات قائمة فى حدود ضيقة لدى بعض الولايات الأمريكية فى السنوات التى تلت مباشرة إقرار الدستور الأمريكى الاتحادى، ومن بينها ولاية كنتاكي التى قضت إحدى محاكمها ببطال المصادرة التشريعية لبعض الأراضى، ولو علقها المشرع على قيام المخاطبين بالقانون بإجراء أو امتناع فى المستقبل.

ومن ثم لا تتمحض هذه الشروط عقاباً، إذ هي شروط يتعذر تجنبها Unavoidable disqualification تحيط بالمهنة أو بالوظيفة المراد شغلها، وبالأوضاع الأفضل لصن القيام عليها، سواء كان العمل داخلياً في نطق مهنة المحاماة أم التدريس أم كان وعظاً دينياً.

ويتهم بعض المعلقين على يمين الولاء التي يحلفها هؤلاء قبل مباشرتهم للعمل، قائلين بأنها فضلاً عن كونها عقاباً، فإن من يظفونها قد ينقضونها بعد أدائها من خلال سلوكهم وتصرفهم بما يخالفها.

ويعتبر جزء بغير حكم قضائي، أن يقرر قانون إبعاد مواطنين أو نفيهم بالنظر إلى لولهم أو عرقهم. وكذلك عزلهم سياسياً أو تعقيمهم لجرأهم سابقة ارتكبوها حتى لا ينجبون، أو حرمان أشخاص عينهم المشرع بذواتهم، من مرتباتهم أو من وظائفهم في الحكومة على وجه التأييد، أو إسناد جريمة إليهم بعد وصفهم بأنهم متلونون للسلطة عازمون على قلبها، وذلك سواء كان حرمانهم من هذه الحقوق، قد تقرر بنصوص قانونية صريحة ومباشرة؛ أم كان الحرمان قد تحقق بطريق غير مباشر، وكأثر لنص قانوني^(١).

إذ يظل الحرمان في هاتين الصورتين عقاباً تشريعياً يهدد أفراداً بذواتهم في الحق في الحياة، وفي الحرية وفي الملكية، التي لا يجوز تجريد أحد منها عن غير طريق المحاكم التي تم تكوينا وفقاً للدستور^(٢).

٦٧٤- وعلى ضوء ما تقدم، بتحدد نطاق حظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، على ضوء الأغراض التي يستهدفها المشرع من تكفله.

فكلما قصد المشرع أن ينال من شخص أو أشخاص بذواتهم؛ وأن يصيبهم في حقوقهم، أو في المزايا التي يتمتعون بها بناء على نشاطهم السابق؛ صار عقاباً بغير حكم.

فإذا لم يكن لتكفله من شأن بذلك، بل كان تنظيماً في إطار شروط منطقية للأوضاع التي يتعين أن يباشر العمل في نطقها؛ فإن هذا للتنظيم لا يكون عقاباً، ولو أضر في بعض جوانبه بآخرين.

(١) Cummings v. Missouri, 71 U.S. (4 wall) 277 (1867); Ex parte Gerald, 71 U.S. (4 Wall) 333 (1867).

(ويلاحظ أن هاتين القضيتين فصل فيهما في ذات اليوم)

(٢) United States v. Lovett, 328 U.S. 303 (1946).

وكان منطقياً بالتالي، حظر تكوين خلايا مسلحة على الإطلاق، أو حظر تشكيلها ما لم تكن من الميليشيا التي يُلَبَن الدستور بها.

وكذلك حظر مباشرة جمعية أو نقابة أو منظمة لأعمال بنواتها تناقض أهدافها حتى لا تتخرب فيها. إذ لا يتمحض هذا الحظر في صورة المتقدم بيانها، عن معاقبة أشخاص عنهم المشرع بأسمائهم، أو أمكن تشخيصهم من خلال تحديد أنماط تصرفاتهم السابقة التي يؤاخذهم عنها.

وكما كانت الجمعية، أو المنظمة، أو النقابة، تباشر نشاطها بتوجيه من بعض الدول الأجنبية التي تسلط عليها؛ فإن فرض قيود على حركتها، كالإلزامها -رأياً- من تاريخ فرض هذا القيد- بالإعلان عن حقيقة أغراضها -وقوفاً عليها- لا يكون عقاباً^(١).

ولو صادر المشرع المعاش المستحق للعاملين في الدولة، بالنظر إلى تمسكهم بحق في الدستور، كالحق في ألا يدينوا أنفسهم بأنفسهم *The privilege against self-incrimination* أو كان المشرع قد حرم شخصاً من المزايا التي تغلها وثيقة تأمين دخل فيها، وسدد أقساطها على امتداد عقدين من الزمان، فإن مصادرة الحق في المعاش أو الحق في المزايا التأمينية، يكون عقاباً^(٢).

وفي مجال تحديد ما إذا كان تدخل المشرع يعتبر عقاباً، أو ليس كذلك؛ فلن صور الجزء ما كان منها تقييماً، أو وقائياً، أو منطوياً على الردع؛ تدخل جميعها في مفهوم العقوبة التي لا يجوز توقيعها بغير حكم قضائي. وفي ذلك تقول المحكمة العليا الفيدرالية الأمريكية^(٣): *Historical considerations by no means compel restriction of the bill of attainder ban to instances of retribution*

١٦٧٥- وفي مصر كانت المادة (٤) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بمنح حماية للجهة والسلام الاجتماعي، تنص على أنه لا يجوز الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية لكل من تسبب في إفساد الحياة السياسية قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

(١) *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Board* 367 U.S. 1 (1961).

(٢) *Flemming v. Nestor* 363 U.S. 603 (1960).

(٣) *United States v. Brown*, 381 U.S. 437 (1965).

كما تنص المادة (٥٩) من هذا القانون على أن يسرى الحظر المنصوص عليه في المادة السابقة على:

* من حكم بإدانتهم من محكمة الثورة في الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام الخاصة بمن شكلوا مركز قوة بعد ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢.

* من حكم بإدانتهم في جريمة تتعلق بالحريات الشخصية للمواطنين، أو بإيدانهم بدنياً أو معنوياً، أو بالعدوان على حياتهم الخاصة.

* من حكم بإدانتهم في جرائم الإخلال بالوحدة الوطنية والسلام الاجتماعي.

* من حكم بإدانتهم في إحدى الجرائم المنصوص عليها في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، وذلك كله ما لم يكن المحكوم عليه قد رد إليه اعتباره.

وقد طعن بعدم دستورية البند (أ) من المادة (٥) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعي، فيما نص عليه من حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية بالنسبة إلى كل من أدين في الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام.

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضائية "دستورية" التي أقامها المدعى ناعياً على هذا البند مخالفته للدستور إلى أن للنص المطعون فيه -وبوصفه منطوياً على عقوبة جنائية تم فرضها عن أفعال سابقة على صدور القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه- يعتبر مخالفاً لقاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية المنصوص عليها في المادتين ٦٦ و١٨٧ من الدستور.

وما قرره المحكمة الدستورية العليا في حكمها المتقدم، محل نظر من جهة الأسباب التي قام عليها^(١). ذلك أن القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨، واجه أفعالاً سابقة على صدوره، جرد أشخاصاً بذواتهم عينهم تفصيلاً من الحقوق السياسية المنصوص عليها في الدستور؛ وقصد إلى عقابهم من خلال حرمانهم من الحقوق التي جردهم منها، حتى لا يباشرونها؛ وكان هذا الحرمان جزاء على أفعال سبق إدانتهم عنها، فلا يكون إلا عقاباً بغير

(١) الأمر المثير للدهشة أن هذا الحكم لم ينشر في الجزء الخاص به، وهو الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حكم قضائي Bill of Attain وهو ما لا يجوز على ضوء نص الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور، التي لا يشترط لتطبيقها أن يكون الحرمان من بعض الحقوق التي كفلها الدستور، من طبيعة جنائية.

وما نقرره للمحكمة الدستورية العليا من أن نص البند أ من المادة (٥) من قانون حماية الجبهة الداخلية، يعد منطوقاً على عقوبة جنائية، مردود:

أولاً: بأن الحرمان من الحقوق السياسية المقرر بمقتضى هذا البند، ليس بعقوبة جنائية أصلية. وهو كذلك لا يندرج في إطار العقوبة التبعية التي لا يجوز توقيعها إلا بعد الحكم بعقوبة أصلية، وترتقياً عليها.

ثانياً: أن ما تنص به المادة ٦٦ من الدستور، من عدم جواز توقيع عقوبة بخير حكم، لا يتعلق بالعقوبة الجنائية بمعنى الكلمة، إذ لو كان منصرفاً إليها، لصار نص المادة ٦٧ من الدستور لغواً. ذلك أن هذه المادة الأخيرة، نص خاص بالمحاكمة المنصفة في شأن الاتهام للجنائي. وحكمها مؤداه، أن براءة المتهم -هي الأصل- لا تزول إلا بحكم قضائي يكون باتاً. وهي بذلك تفترض أن يدان عن التهمة الجنائية، وأن يكون الحكم القضائي أداة إيقاع هذه للعقوبة.

ويتعين بالتالي أن يؤخذ نص المادة ٦٦ من الدستور، لا باعتباره متعلقاً بالعقوبة الجنائية التي تستغرقها المادة ٦٧ من هذا الدستور، وإنما على تقدير انصرافها إلى النصوص القانونية التي تقرر حرمان أشخاص معينين بذواتهم من بعض الحقوق، بحكم مسؤوليتهم عن أعمال سابقة أدانهم عنها هذه النصوص. فلا يكون ذلك إلا تكملاً تشريعياً -لا بعقوبة جنائية

بمعنى الكلمة- وإنما بعقوبة تأخذ حكمها، وإن لم تكن من جنسها هي الحرمان من حقوق بعضها عينتها نصوص قانونية. ويتعين بالتالي دمجها بالبطان لمخالفتها نص المادة ٦٦ من الدستور^(١).

(١) ما تنص عليه المادة ٦٦ من الدستور من عدم جواز توقيع عقوبة بخير حكم قضائي، هو ما اصطلاح على تسميته في الدول الغربية بوثيقة الحرمان Bill of attainder، وهي وثيقة عرفها قاموس Black's Law dictionary في ص ١٢٧ من طبيعته السلامة بأنها تشريع خاص يصدر عن السلطة التشريعية A special act of the legislature يقضى بإعدام أشخاص يفترض ارتكابهم لجرائم خطيرة Supposed to be guilty of high offenses كجريمة الخيانة. وهم بذلك يدمون عن جرائم لا تكفيهم إحدى المحاكم بها في نطق إجراءاتها القضائية In the course of judicial proceedings . فإذا كان هذا التشريع الخاص يوقع عليهم عقوبة أقل من الإعدام، سمي بقلون الألام والجزاءات Bill of Pains and Penalties. وسواء قضى هذا التشريع الخاص بتوقيع عقوبة الإعدام، أو بعقوبة أقل منها، فإن هذا التشريع يكون محظورا.

المبحث الثاني

حظر محاكمة الشخص أكثر من مرة

عن الجريمة الواحدة

Double Jeopardy

٦٧٦- الحرية للشخصية حق، وهي حق طبيعي. ويقتضي ضمانها ألا ترفض على أحد عقوبة لها من قبوتها ما يسوغ طرأها، وألا يحاكم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها^(١).

ذلك أن الدستور يعطي أهمية كبيرة للحكم ببراءة المتهم من التهمة التي أسندتها النيابة إليه، كلما صار هذا الحكم باتاً. فإذا أطلق مرارته بعدئذ، فإن المحاكمة الثانية تناقض شرط الوسائل القانونية السليمة، أي كان قدر الخطأ في الحكم الأول.

ذلك أن محاكمته من جديد عن الجريمة ذاتها، تحمل معها مخاطر إرهاب المتهم باحتمال أن يدان في المرة الثانية، وإن كان بريئاً حقيقة^(٢). خاصة وأن سلطة الاتهام لها من الموارد الضخمة ما يؤهلها لأن توجهها ضد مصلحته من خلال الأدلة الجديدة التي تجمعها، بما يعرض المتهمين لأشكال من المعاناة حلقة بعد حلقة، وحقة بعد حقة، وكان يد الاتهام تحيطهم بعذابها، وتغفهم إلى دائرة من القلق لا نهاية لها، فلا يعرفون لهم مصيراً.

بل إن ملاحظتهم باتهام جديد، بعد تبرئتهم من الاتهام الأول، مؤداة بتبديد وقتهم، ونقويض فرصهم في العمل أو إضعافها، والتشهير بهم إضراراً بسمعتهم، والإخلال بأمنهم وسكنتهم. فلا تصفو لهم الحياة؛ وإنما تتخلق طوائفها وتظلم دروبها، وعلى الأخص، إذا كان الاتهام الجديد موجهاً بأغراض انتقامية؛ أو كان مقصوداً من سلطة الاتهام حتى تؤكد موقفها السابق من الجريمة، وتبرز ألفتها المتهافئة التي قمتها من قبل لإثباتها، وحتى تبرهن على أن قضاء الحكم الأول كان معيباً. وفي ذلك ضرر لا يخفى. ذلك أن المتهمين الأبرياء كثيراً ما يدانسون عن الجريمة ذاتها، بعد إعادة محاكمتهم.

٦٧٧- وكان منطقياً أن يشمل هذا الحظر المحاكم جميعها، ما كان منها ممن محاكم القانون العام أو استثنائياً أو من طبيعة خاصة. فضلاً عما يتخذ منها شكل لجنة أو هيئة تتولي

(١) United States v. Martin Linen Supply Co., 430 U.S. 564 (1977).

(٢) United States v. Scotit, 437 U.S. 82, 91 (1878); Green v. United States, 355 U.S. 184 (1957).

الفصل قضائيا في خصومة بين طرفين. ذلك أن الحظر المتقدم، يتسع مداه لكل جزاء مدنيـسا كان أم تأديبيا أم جنائيا.

ولئن كان من مصلحة الجمهور أن تدار المحاكمة الجنائية من خلال قواعد تكفل في مجموعها لكل حكم قضائي أن يتحرر كلية من الخطأ، إلا أن محاكمة المتهم من جديد عن التهمة ذاتها، لا يجوز دستوريا ولو أحاط الخطأ بالحكم الأول من كل الوجوه^(١). كما لو أخطأ الحكم في استبعاد بعض الأدلة، وقرر أن باقيا لا يكفي لإدانة المتهم^(٢). ذلك أن الحكم القضائي إذا صار باتا، فإن تبديله ولو لخطأ في تطبيق القانون يكون غير جائز، وينطلق بسـه أمام النيابة كل طريق لتوجيه الاتهام من جديد إلى المتهم، ولو كان خطأها أو إهمالها في إدارة الدعوي الجنائية التي صدر فيها الحكم الأول، فادعا Egregiously erroneous، كإغفالها تقديم بعض الشهود القاطعة أو إهمالهم في التكيل علي الجريمة. فذلك كله بعيد عن حقائق العدل، وعن التطبيق الصحيح للقانون. فالشخص لا يجوز قانونا أن يقاضي مرتين عن الجريمة ذاتها^(٣). No Man Can be Twice Lawfully Punished for the Same Offence. سواء كان قد أطلق سراحه في المرة الأولى، أو كان قد استوفي العقوبة المحكوم بها، بشرط أن يكون الحكم في الحالين قد قطع بالحقيقة القضائية بصورة لا رجوع فيها. وهي حقيقة لا يشع في نفضها، مجرد أن المحاكمة الأولى لم تستقم فرائضها، ولا كون العقوبة المقضي بها أقل مما يعتبر كافيا بالمقاييس المنطقية- لردع من أنين بها. فقد صار الحكم الأول -وهو بات- عصيا علي المراجعة. ولا يجوز بعد صدوره أن يظل من تعلق به هذا الحكم، قلقا مضطربا، هائما علي وجهه، تسحقه لدولة ببأسها حين تريد، فلا يطمئن لذه، ولا يأمن من انتهاء الشرور التي تحيط به، لتعثر خطأ، ولتتبدد في وجهه صور الحياة التي كان يتوقعها.

وليس ذلك من الأغراض التي تستهدفها القوانين الجنائية، ولا هو من مفاهيم العدل وحقائقها^(٤). ولا كذلك نقض الحكم الأول بعد الطعن فيه. ذلك أن نظر الدعوي الجنائية من جديد أمام دائرة استئنافية غير التي صدر عنها الحكم المنقوض، لا يعتبر خروجا علي فسادة

(١) Durks v. United States, 437 U.S. 1 (1978); See, Olso Westen and Drubel, Towardos General Theory of Double Jeopardy, 1978 Supreme Court Review, 81, 122-37.

(٢) United States v. Martin lincen supply Co., 430 U.S. 564 (1977).

(٣) North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 (1969).

(٤) القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٥/٢٢ - القاعدة رقم ٣٢ - ص ٥١٩ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. انظر كذلك القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ يونية ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

حظر محاكمة الشخص عن الجريمة الواحدة أكثر من مرة. وإنما هي المحاكمة الأولى مسאלفة سيرها حتي تكتمل حلقاتها، وتصل إلي نهايتها.

٦٧٨- على أن مفهوم الجريمة الواحدة التي لا يجوز أن تكون محلاً لأكثر من محاكمة، في حاجة إلى التحديد.

* فإذا كانت الأفعال الإجرامية تتدخل مع بعضها، ولا تنفصل أجزاؤها، وتجمعها بالتالي وحدة المشروع الإجرامي، فإن تبرة المتهم من بعض هذه الأفعال، يمنع محاكمته عن باقيها بالنظر إلى تكملها فيما بينها^(١).

* وإذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة، يوقضى بإدانة المتهم عن الجريمة التي عقوبتها أشد، فإن الحكم الصادر فيها، يكون مانعاً من محاكمته عن الجريمة الأكل في عقوبتها، ولو كان راجحاً على الظن احتمال ارتكابه لها، أو كان قد أدين عنها بالفعل^(٢).

ولا كذلك تبرة المتهم عن الجريمة الأكل وطاء، إذ لا يعتبر ذلك حاجزاً من معاقبته عن الجريمة الأكدح التي قارفها.

* إذا كان المشروع الإجرامي الواحد، لا يكتمل تنفيذه إلا من خلال مراحل متعددة، فإن كل خطوة في اتجاه تنفيذ هذا المشروع، يحوز فرض جزاء جنائي عليها. فإذا تم المشروع، جاز كذلك، معاقبة من أخطروا فيه جميعهم.

* قد تمهد جريمة بذاتها لوقوع جريمة أخرى تستقل عنها، فلا يعاملا بالنظر إلى هذه الصلة- كجريمة واحدة. فالذين يحوزون خموراً حظر المشرع تداولها، وعوقبوا على مجرود حيازتها، تجوز معاقبتهم على بيعها.

(١) تنص المادة ٢/٢٢ من قانون العقوبات، بأنه إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد، وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة، وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم. وتفترض هذه المادة أن المتهم حوكم عن هذه الجرائم جميعها، وأنه قد ثبتت إدانته عنها. فلا يقضى عليه عدلتاً بعقوبتها جميعاً. بل بالعقوبة المقررة لأشدّها.

(٢) تنص المادة ١/٣٢ من قانون العقوبات على أنه إذا كان الفعل قد كون جرائم متعددة، وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد، والحكم بعقوبتها دون غيرها.

* لا يجوز أن يتعلق بالجريمة المستمرة، غير اتهام جنائي واحد. فمعاشرة امرأة متزوجة، وإدارة محل للدعارة، جرائم يتصل زمنها في غير انقطاع. وهي جريمة واحدة متعددة حلقاتها.

ولا كذلك للجرائم المنفصلة التي تستقل كل منها بوقائعها، كالامتناع عن إجابة لجان تقصى الحقائق على أسئلتها.

ذلك أن كل امتناع يعامل كجريمة قائمة بذاتها. شأن ذلك، شأن تعدد البيوع في المواد الكحولية، وتزويق أكثر من حقيبة بريد في الوقت ذاته بقصد سرقة محتوياتها. إذ تعامل كل واقعة منها على حدة، كجريمة لها استقلالها.

ولغة المشرع ومقاصده، هي التي يتحدد على ضوئها ما إذا كان سياق من السلوك A Course of Conduct هو المعاقب عليه؛ أم أن واقعة منفردة هي محل العقوبة التي فرضها المشرع^(١).

ويقصد بالجريمة الواحدة في تطبيق حظر محاكمة المتهم عن ذات الجريمة أكثر من مرة، أن تتعلق المحاكمة الثانية بالجريمة الأولى عينها، بأن تكون هي ذاتها بكيوفها وأوصافها وشرائط وجودها.

وتعتبر الجريمة محل المحاكمة الثانية مختلفة عن سابقتها، إذا كانت إحداهما تقتضى لوجودها، تقديم الدليل على واقعة لا تقتضيها الجريمة الثانية لقيامها.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا:

إن امتناع محاكمة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة ذاتها، يفترض ألا نكون بصدد جرمين لكل منهما خصائصها، ولو تتابعتا من حيث الزمان؛ أو كانتا واقعيتين فسي مناسبة

(١) تقول المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢ - القاعدة رقم ٣٢ - ص ٥١١ من الجزء الثامن، أن امتناع المدعى بالنيابة عن دفعها مماطلة فيها، مؤداه أن وقائع الاستماع سمع تحدها - لا تشكل مشروعاً إجرامياً واحداً، بل يكون لكل منها ذاتيتها باعتبارها وقائع منفصلة عن بعضها البعض، وإن كان هدفها واحداً مثلاً في اتجاه إرادة المدعى بالنيابة، إلى النكول عن أدلتها.

واحدة. والبررة عند القول بوجود جريمتين، هي بحقيقتهما، لا بأوصافهما التي خلعتها المشروع عليها^(١).

ولا يجوز بالتالى أن يكون الاتهام متتبعاً فى شأن الجريمة ذاتها التى نسبته سلطة الاتهام إلى المتهم بارتكابها، ولو كان المشروع قد غير -بعد محاكمته عنها أول مرة- من قواعد إثباتها؛ أو كان قد انتقل للجزاء عليها مصلحة غير لتأت الجريمة عليها من قبل.

٦٧٩- وفى الدول الفيدرالية التى تتوزع السيادة فيها بين الحكومة المركزية وولاياتها، قد تكون الجريمة الواحدة معاقبة عليها فيدرالياً، وكذلك داخل الولاية ذاتها. وتكون بالتالى تعدياً على سيادة الحكومة المركزية وسيادة إحدى ولاياتها.

ولئن جرى قضاء المحكمة العليا الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية على أن إفساح السلطة القضائية للفيدرالية عن المتهم فى جريمة أمامها، لا يمنع حكومة الولاية من محاكمته عن الجريمة عينها أمام محاكمها^(٢)، إلا أن قضاءها فى ذلك منقذ، وغير عادل، ولا يجوز أن يتخذ من مجرد السوابق القضائية، عضداً، ولو قام الدليل على إطراد هذه السوابق وعدم تغيرها.

ذلك أن السيادة التى تتمتع بها الحكومة المركزية، وإن صح القول بانفصالها عن السيادة المحلية التى تباشرها ولاياتها، كل داخل إقليمها؛ إلا أن الحرية الشخصية بذاتها فى الدول الحرة جميعها، ألا يكون الحكم السابق فى جريمة بذاتها، حائلاً أو حاجزاً دون تقديم المحكوم عليه فيها إلى محاكمة جديدة أيا كان موقعها.

فضلاً عن أن توزع السيادة فى الدولة الفيدرالية لا ينفى توحيد كياناتها المختلفة معها؛ وأنها دولة واحدة.

٦٨٠- وامتناع المحاكمة الثانية فى شأن الجريمة عينها، لا يحول دون اجتماع جزاعين فيها، أحدهما من طبيعة جنائية، وثانيهما من طبيعة مدنية.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة يوليو ١٩٩٧- القاعدة رقم ٤٧- ص ٧١٥ من الجزء

الثامن.

(٢) Abbate v. United States, 359 U.S. 187 (1959).

ذلك أن الفعل الواحد قد يؤثر مسئولية جنائية ومسئولية مدنية في آن واحد، ومن المتصور بالتالي اجتماع هاتين المسئوليتين بالنظر إلى اختلافهما في نوع المصالح التي تكفلانها.

وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا: "إن اجتماع المسئولية الجنائية والمدنية يتحقق إذا كان الفعل الواحد مرتباً لها معاً، بأن كان ضاراً بالجماعة وبالفرد في آن واحد. إلا أن أظهر ما يفاير بين هاتين المسئوليتين، أن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسئولية المدنية بالتقدير وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسئولية الجنائية لا يقيمها إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها^(١)".

٦٨١- ولا يعتبر العود -وهو يتحقق بإتيان الجاني جريمة ثانية تالية للحكم عليه بعقوبة في الجريمة الأولى- وإلغاً في إطار حظر تكرار المحاكمة عن الجريمة ذاتها. ذلك أن إدانة المتهم في الجريمة الأولى، تعمل معنى إذاره بالألا يعود إلى الإجرام. فإذا لم يتم وزناً لهذا الإنذار، وسلك طريق الجريمة من جديد، استحق عقاباً أشد عن الجريمة الثانية، بأن تزد عقوبته عنها سواء في نوعها أو في قدرها.

ومن ثم كان التقدر الزائد في عقوبة العائد عن الجريمة الثانية، منفصلاً عن جسامتها، لأنها قد لا تزيد في ضررها الاجتماعي عن الجريمة الأولى التي ارتكبها، فلا يكون التقدر الزائد في عقوبته عن الجريمة الثانية، إلا مقابل لعوده^(٢).

٦٨٢- وسواء كان للجاني حدثاً أو كامل الأهلية، فإن محاكمته عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة يظل محظوراً.

ولا يجوز إذا صدر عن الجاني أكثر من فعل في مناسبة واحدة، وكانت الأفعال التي أنشأها ترتبط جميعها ببعض ارتباطاً لا يقل التجزئة، أن يقدم اتهام منفصل عن كل فعل منها.

ذلك أن تعدد هذه الأفعال، لا ينفي ارتباطها، وضرورة أن تشملها محاكمة واحدة تزن كافة العوامل المتصلة بها، بما في ذلك دولتها.

(١) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٧/٨/٢- قاعدة رقم ٤٩ -س ٧٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ص ٦٣٥ من مؤلف الدكتور عوض محمد عوض (قانون العقوبات - القسم العام - طبعة ٢٠٠٠).

فلو أن شخصاً قتل زوجته وولديه لمحاولتها قتله بالسم حتى يخلص لها وجه عشيقها، ولشكه في سلوكها، ونسبة ولديه منها إليه؛ تعين أن يحاكم عن هذه الأفعال جميعها أمتام محكمة واحدة. فإذا قدم عن كل فعل منها إلى محكمة مختلفة حتى ينال أمام إحداها حكماً بالإعدام، فيما إذا حكم عليه عن الفعلين الآخرين بعقوبة أقل؛ كان ذلك تكراراً لمحاكمته عن الجريمة الواحدة متعددة الأفعال، منطوياً على التحرش به بالمخالفة لشرط الوسائط القانونية الملائمة.

٦٨٣- واحتجاج الشخص بعدم جواز محاكمته أكثر من مرة عن الجريمة الواحدة، يعتبر من الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها.

ذلك أن هذا الحظر ينفى على الجاني حصانة مرجعها إلى نص في الدستور. وهى حصانة يجوز للجاني أن يسقطها إذا لم يتمسك بها، وكان نزوله عنها واعياً ومقصوداً. ولا يجوز بالتالي أن تستخلص المحكمة من مجرد إثارة المتهم المائل أمامها للحظر المانع من تكرار محاكمته عن الجريمة عينها، ما يدل ضمناً على النزول عنه.

المبحث الثالث

في جواز أو حظر اللجوء إلى القانون القانونية في المجال الجنائي

٦٨٤- لأن صرح القول بأن النصوص الجنائية لا يجوز أن تغتفر إلى الحد الأدنى من الأسس التي يتطلبها ضبطها، والتي تحول كأصل عام بين للقائمين على تنفيذها، وإطلاق العنان لذواتهم أو سوء تقديراتهم؛ وكان الأصل في هذه النصوص ألا تتدخل معانيها بما يؤمن بانفلاتها، وخروجها على الأغراض المقصودة منها؛ وكان الدستور لا يفرض على المشرع طرائق بذولها يحدد من خلالها الأعمال التي يوثقها؛ إلا أن للقوانين الجنائية جميعها يتعين أن تعمل في إطار دائرتين.

أولاهما: أن هذه القوانين لا يجوز النظر إليها بوصفها مجرد إطار لتنظيم الحرية الشخصية من خلال رذع عن الإخلال بها. ذلك أن تلك القوانين، يعنيها أن تكون لتقيود النسي تفرضها على الحرية للشخصية، منتهية إلى صونها وضمان فعاليتها، بما توفره لأصحابها من الحق في مباشرتها في حدود منطقية^(١).

ثانيتهما: أن الاختصاص المخول للسلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم، وتقدير عقوباتها، لا يخلوها للتدخل بالقوانين التي تحدثها لغل يد محكمة الموضوع عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عيها المشرع؛ إعمالاً لمبدأ الفصل بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية^(٢).

٦٨٥- وفي حدود هاتين الدائرتين، يتكفل المشرع من خلال الجرائم التي يحدثها على ضوء الضرورة الاجتماعية، ليقيد من الحرية للشخصية لمن يرتكبوها.

وهو إذ يقرر لهذه الجرائم قوابلها أو أنماذج القانونية التي أفرغها فيها، فذلك من أجل بيان أركان كل جريمة منها، فلا ينفصل وجود الجريمة، عن إثباتها في كافة عناصرها.

(١) لل قضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) لل قضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية " دستورية " - جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٨٦ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بيد أن المشرع قد يتدخل في شأن الأدلة التي يجوز قبولها في جريمة بذاتها. وقد يفترض توافق واقعة فيها لا تقوم بدونها، محفياً سلطة الاتهام من إثباتها، عن طريق قرينة قانونية يحدثها.

ذلك أن القرينة القانونية لا تكون كذلك إلا إذا نص عليها القانون، ونظم حجبتها. والمشرع يختار من خلال القرينة، واقعة بذاتها، ويستخلص منها الدليل على تحقق الواقعة المراد إثباتها بعد أن تكفل باعتبارها ثابتة بقيام القرينة، وأغنى من تفررت القرينة لمصلحته، من تقديم الدليل عليها.

٦٨٦- والأصل في القوانين القانونية أن يقيّمها المشرع مقصداً، وأن يصممها بعد أن يصوغها على ضوء ما يكون راجح الوقوع عملاً. وهي ترتبط أصلاً بالمسائل المدنية، فإن تعدتها إلى المواد الجزائية، صار أمر الفصل في مستوريتها محدداً على ضوء مساسها بالحرية للشخصية وإخلالها بمقوماتها. يؤيد هذا النظر أمران:

أولهما: أن لكل جريمة ينشئها المشرع، أركانها التي يجب أن تثبتها سلطة الاتهام من خلال تقديمها لأدلتها، والإقناع بها، بما يزيل كل ظن معقول ينفوها. فلا تقوم ثمة شبهة لها أساسها بتحضر ارتكابها. ذلك أن سلطة الاتهام تعتمد من خلال اتهامها لشخص بجريمة تدعيها، إلى خلق واقع جديد يناقض الافتراض البراءة باعتباره تعبيراً عن الفطرة التي جبل الإنسان عليها. وصار متصلاً بها منذ ميلاده. فلا تنقضها إرادة أيا كان وزنها، وإنما ينحوها حكم قضائي تعلق بجريمة بذاتها، وغداً باتاً في شأن نسبتها إلى الممّشول عنها، فأعلا كان أم شريكاً.

ثانيهما: أن اختصاص السلطة التشريعية بإقرار القواعد القانونية ابتداءً، أو تفويض السلطة للتفذية في إصدارها في حدود صلاحياتها المنصوص عليها في الدستور. لا يحول هاتين السلطتين أو إحداهما إحداث قرائن قانونية تنفصل عن واقعها *Unreasonable presumptions*، ولا تربطها بالتالي ثمة علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها، لتحول بها بين السلطة القضائية ومباشرة مهامها في مجال الفصل في الخصومة الجنائية التي تطرح عليها^(١).

(١) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية * دستورية - جملة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٧٤٩ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

٦٨٧- وظاهر من القواعد المتقدم ببيانها، أن القرائن القانونية جميعها، تفترض ولقعتين:

أولاهما: ولقعة أصلية هي التي تكون مصدراً للحق المدعى به، وكان ينبغي إثباتها على تقدير أن الحقوق جميعها، لا تنشأ إلا عن مصادرهما التي عينها المشرع وحصرها.

وثانيتهما: ولقعة غير الواقعة الأصلية، ولكنها قريبة منها لصلتها بها ودلائلها على رجحان ثبوتها، فلا يعتبر إثباتها إلا إثباتاً للواقعة الأصلية بحكم القانون.

والصلة المنطقية بين هاتين الواقعتين، هي التي تقوم الدليل على اتصال القرينة القانونية بواقعها، وإضافتها عقلاً إلى النتائج التي رتبها المشرع عليها، فلا تكون ولقعة القرينة، إلا دليل معقوليتها، ورجحان تصويرها لأوضاع لا مفاجأة فيها للحياة العملية^(١).

وهذا النظر هو ما عليه القضاء المقارن. إذ القاعدة فيه، أن القرائن القانونية التي يجوز تطبيقها في المجال الجنائي، هي التي تظهر فيها صلة منطقية بين الواقعة التي قام الدليل عليها، والواقعة التي تفترض المشرع ثبوتها.

فإذا لم تتوافر هذه الصلة المنطقية في القرينة القانونية، دل ذلك على أنها نوع من التحكم ينافي الحقائق التي تؤكدتها الخبرة في عموم أحوالها^(٢).

A Statutory presumption cannot be sustained if there be no rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, if inference of the one from proof of the other is arbitrary because of lack of connection between the two in common experience.

ومن هذه الزاوية، تظهر خطورة القرائن القانونية على الحرية الشخصية التي لا يجوز إرهابها عن طريق التحكم في القيود التي تفرض عليها.

وهو ما يتحقق على الأخص سواء من خلال اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل، أو عن طريق افتراض ثبوتها من خلال قرينة قانونية غير منطقية يحدثها المشرع Arbitrary presumption. أو عن طريق قرينة منطقية يمنع المشرع إثبات عكسها. Conclusive presumptions.

(١) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "جهازية" - جلسة ١٩٩٧/٧/٥ - قاعدة رقم ٤٧ - ص ٧٠٠ - وبها بعدما من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Tot v. United States 319 U.S. 463,467,468 (1943).

ومن ثم كان للتدخل بالقرائن القانونية في المواد الجزائية، وثيق الصلة بالأدوار التي وُزِعها الدستور في إطار المحاكمة المنصفة- فيما بين سلطة الاتهام والمتهم بالجريمة. وهي أدوار لازمة أن يتعدالا في أسلحتهما؛ وفي الفرص القانونية والواقعية التي تسترشد التهمة خلالها بين ثبوتها ونفيها. ولا يجوز بالتالي أن يفترض المشرع بقرينة يحدثها، أن مجرد حيازة المتهم لمواد مخررة، يفترض علمه بجلبها من الخارج، لمجرد أن جزءاً كبيراً منها يكون مصدره أجنبية في الأعم من الأحوال، وليس افتحاجاً محلياً^(١).

وإذا كان لسلطة الاتهام حق في ضمان مصلحة مجتمعتها في القصاص من الجناة، فلن لكل متهم بالجريمة حق في حريته الشخصية التي لا يجوز تقييدها أو انتقاصها من أطرافها. ولا يعتبر المتهم معادلاً لسلطة الاتهام في أسلحتها وفرصها، إلا إذا حاز إلى جانبها، حداً أدنى من الحقوق توازنه بها. فإذا اختلف هذا الحد الأدنى في مواجهتها، لم يعد مكافئاً لها في مركزها، لتلعب بموقعها وخصائص سلطتها على متهمها، ليس فقط من جهة الحقوق التي يملكها كل منهم قبل الآخر؛ وإنما كذلك على صعيد إمكاناتها ومواردها الضخمة، التي توفر لها وسائل علمية وعملية تدعم بها التهمة التي لاقمتها.

وتعمل القرائن القانونية بميزان الحقوق في غير مصلحة المتهم. ذلك أن المشرع لا يقرر هذه القرائن لغير سلطة الاتهام، كي يعفيها من التكاليف على واقعة لا تقوم للجريمة إلا بها^(٢).

٦٨٨- وقد يفترض المشرع بالقرينة القانونية، توافر القصد الجنائي في جريمة عدية، ليقيل سلطة الاتهام من إثباته. وهو ما ينعكس بالضرورة على أصل البراءة التي يتعين على النيابة العامة أن تستصحبها معها في كافة إجراءاتها، ما كان منها سابقاً على المحاكمة، أو واقعاً أثناء سيرها. إذ هي الفطرة التي جبل الناس عليها، وحجر الزاوية The bedrock في كل نظام متحضر للدالة الجنائية، وقاعدة مبدئية أصيلة تقتضيها إدراكها Axiomatic and elementary. والمواجهون بالاتهام الجنائي يعتصمون بها طوال مراحل حياتهم، لا يتفككون عنها. ذلك أن التصاقها بهم، لا يزيلها عنهم، إلا إذا أدانهم حكم قضائي بات بالجريمة التي اتهموا بها.

(١) Leary v. United States, 395 U.S. 6 (1969).

(٢) تنص المادة ٤٠٤ من القانون المدني على أن القرينة القانونية تعني من تقرر لتصلحت عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات. على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بخير ذلك.

والحق أن منطقية القرينة -وأيا كان موضوعها- أصل فيها، ذلك أن المشرع يصوغ القواعد الموضوعية والقرائن القانونية، لا ليفرض بها حولا تحكمية منافية للخبرة العملية القائمة في الحياة العملية في أوضاعها الأكثر شيوعا، وإنما يشتق المشرع مما يقع غالبا في الحياة العملية، القاعدة الموضوعية التي ينشئها؛ وكذلك مضمون كل قرينة قانونية يستلهمها^(١). ولا يجوز في المواد الجنائية علي الأخص أن يفرض المشرع قرينة قانونية تخل بطريقة تحكمية، بحق المتهم في دفعها من خلال حظر التكليل علي عكسها^(٢).

A Presumption which is entirely arbitrary and which operates to deny a fair opportunity to repel it or to present facts pertinent to one's defence, is void.

ومن صور القرائن للتحكمية:

* أن الآباء الطبيعيين لا يعتبرون جديرين بحضانة أبنائهم المولودين خارج نطاق علاقة الزوجية^(٣).

* تقرير أن كل امرأة حامل لا تصلح لأداء عملها، إذا بلغ حملها أربعة أشهر سابقة علي توقعها ولادة جنينها، وإلزامها بالتكالي بأن تحصل خلال هذه الفترة علي إجازة بدون أجر من عملها. إذ يتم إكراهها علي هذه الإجازة بمقتضى قرينة قانونية تحكمية تقطع بمك صلاحياتها لأداء العمل خلالها. وهو ما لا يجوز قانونا في المجال الجنائي^(٤). ذلك أن قطعية القرينة لازمها أن يصير الافتراض الكامن فيها عصيا علي المراجعة، بما يؤهل النيابة للتخلص بصفة نهائية من واجبها في التكليل علي الواقعة التي تقوم بها القرينة ولو استطاع المتهم نفيها^(٥). فضلا عن أن القرينة للقاطعة هي في حقيقتها نوع من التعميم المطلق غير

(١) القاعدة التي تقضي بأن يعتبر الشخص راشدا ببلوغ إحدى وعشرين سنة ميلادية، قاعدة موضوعية تفترض أن يكون من بلغ هذه السن، كامل الأهلية في الأعم من الأحوال، ولو ثبت أن بعض التبن بلغوا، يتصرفون بقدر من الطيش والفرق. ذلك أن المشرع يتجاوز عن التقلبات فيما بين إنسان وأخو، حتى يضبط التعامل ويستقر. والقاعدة التي تقضي بأن الوفاء يقسط من الأجرة قرينة علي الوفاء بالأساط السابقة عليه، مبناها قرينة قانونية تمتد بما يقع في الأعم من الأحوال في الحياة العملية. ولكن يجوز إثبات عكس هذه القرينة، وذلك بأن يقدم الدائن ما يدل علي أن الوفاء اللاحق، لا يثبت سبق الوفاء بالأساط السابقة. وهو ما يعنى جواز معارضة القرينة بطلتها، علي خلاف الأمر في القواعد الموضوعية. لنظر في ذلك الوسيط للكتور السهري الجزء ٣ ص ٦١٧ وما بعدها.

(٢) Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Carella v. California, 491 U.S. 263 (1989).

(٣) Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

(٤) Cleveland Board of Educ. v. LaFleur, 414 U.S. 632 (1974).

(٥) Department of Agriculture v. Murry, 413 U.S. 508 (1973).

المقبول في المواد الجنائية التي تفرض مواجهة كل حالة علي حدة وفق ظروفها وخصائصها.

وإن تعين في هذا المقام التمييز بين القواعد الموضوعية والقرائن القانونية. ذلك أن كل قاعدة موضوعية تستغرق علتها، فلا تجوز معارضتها بها بعد اندماجها فيها، ليقلبها المشرع إلى حقائق ثابتة لا يجوز نقضها، ولو بالإقرار أو اليمين.

ولا كذلك للقرائن القانونية التي تلتزمها علتها، ولا تفارقها. بل تقوم إلى جوارها. ومن ثم جاز نقض القرائن القانونية جميعها -حتى ما كان منها قاطعاً^(١).

على أن نقض القرينة القانونية القاطعة بالإقرار أو اليمين، وإن جاز في المسائل المدنية، إلا أن القبول بقطعية القرينة في المواد الجنائية غير متصور، ولو كانت القرينة التي أحدثها المشرع منطقية في صلبها.

ذلك أن إعمال القرائن القانونية في المجال الجنائي، يرتبط مباشرة بالحرية الشخصية. ولا يجوز بالتالي أن يؤخذ بالقرينة القانونية المنطقية فيما يقيد هذه الحرية، إلا إذا توافر لكل متهم الحق في نقضها بالأدلة التي يدفعها بها.

ولا كذلك القرينة لقاطعة التي تسقط بها حقوق المتهم في نفي الواقعة التي افترضتها، بما ينال من الحد الأدنى للحقوق التي يملكها المتهم في مواجهته سلطة الاتهام، ويناقض كذلك قواعد إدارة العدالة الجنائية التي تقوم في جوهرها، على أن كل واقعة تقوم بها الجريمة، لا يجوز افتراض ثبوتها كحقيقة لا تتبدل، فلا يدفعها المتهم بأدلة يقدمها، أي كان قدر قوتها الإقناعية.

وفي مصر لا تثير المحكمة الدستورية العليا، شكوكا جدية حول جواز قبول القرائن القانونية في المجال الجنائي. ذلك أن إمعان النظر في أحكامها وتحليلها، يدل على مناقشتها لكل قرينة قانونية فرضها المشرع، ونظرها في معقوليتها، وتحريها لدلائلها، وصلتها بالنتائج التي رتبها المشرع عليها، ورفضها بالتالي لكل قرينة قانونية لا تتوافر بها علاقة منطقية بين

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣٣ - ص ٧٣ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. ويلاحظ أن القرينة القاطعة وإن كان لا يجوز إثبات عكسها، إلا أن نقضها بالإقرار واليمين، جاز.

الواقعة الأصلية التي افترض المشرع ثبوتها بالقرينة التي أحدثها؛ وبين الواقعة التي أنسى أحلها محلها، واعتبر إثباتها مفرض إليها، لتقوم مقامها مغنية عن إثباتها.

فيذا بان لها أن القرينة القانونية تقوم على التحكم والإملاء، فإنها تحجبها، وعلى الأخص كلما صاغها المشرع كي يفترض بها توافر القصد الجنائي؛ أو لفحصها ليعدل بها من الأصل في الأشياء التي تتعلق الجريمة بها، أو توخى بها إهدار حقوق الملكية التي كفلها الدستور.

على أن ما ينبغي أن يلاحظ في القوانين القانونية التي حلتها المحكمة الدستورية العليا، هو أنها أهدرتها جميعها لمجالاتها لحكم العقل، وانتفاء كل صلة منطقية بالتالي بين الواقعة التي افترض القانون ثبوتها؛ والواقعة التي أحلها محلها عوضا عنها، وجعل ثبوتها دليل تحقق الواقعة التي افترضها.

ولكن المحكمة الدستورية العليا لم تعمل حتى اليوم -وفي إطار هذا الضابط- قرينة قانونية واحدة من القوانين التي واجهتها على امتداد حياتها للقضائية. وهو ما يعنى نظرتها المتشككة إلى تطبيق القوانين القانونية في المجال الجنائي، واتجاهها إلى حمل سلطة الاتهام على أداء المهام التي تقوم أصلا عليها، وأخصها تقديم الدليل على كل واقعة تقوم بها الجريمة، فلا تعفيها منها من خلال قرينة قانونية. وربما كان هذا الاتجاه أدنى إلى تحقيق مصلحة المتهم التي لا يجوز أن تدخل بمصلحة الجماعة لها اعتبارها.

وإنما يتعين موازنة أولاهما بثنائيهما؛ وأن ينظر إلى القرينة القانونية بالتالي على ضوء معقوليتها في إطار تقدير عام للحقائق العلمية والعملية القائمة في زمن معين. ذلك أن منطقية القرينة القانونية هي التي تنفي عنها التحكم بعد أن دل مضمونها على ارتباطها بما هو راجح الوقوع عملاً.

والدين من تحليل قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن القوانين القانونية، إبطالها لكل قرينة افترض بها المشرع توافر القصد الجنائي؛ أو خرج بها على الأصل في الأشياء؛ أو أهدر من خلالها الحماية التي يكفلها الدستور لحق الملكية.

وفيما يلي تفصيل ما تقدم:

المطلب الأول

قرائن قانونية مخالفة للمستور، وذلك لافتراضها القصد الجنائي

الفروع الأول

النقص في عدد الطرود أو محتوياتها عما هو مدرج بشأنها في قائمة الشحن.

٦٨٩- عملاً بنص المادة ١١٧ من القانون الجمركي رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣، تفرض على ربان السفينة، أو قائد الطائرة، غرامة لا تقل عن عشر الضريبة الجمركية الممرضة للضياح ولا تزيد على مثلها؛ وذلك في حالة النقص غير المبرر في عدد الطرود أو محتوياتها. عما أدرج عنها في قائمة الشحن وقد طعن بعدم دستورية هذه المادة أمام المحكمة الدستورية العليا التي كان عليها -قبل الفصل في دستورها- أن تحدد الطبيعة القانونية للغرامة المنصوص عليها في المادة ١١٧ المشار إليها، وعما إذا كان فرضها يؤثر مسئولية مدنية أم جنائية للربان أو قائد الطائرة.

وقد خلص قضاء هذه المحكمة بعدم دستورية هذه المادة، وقام قضاؤها في ذلك محمولاً على الدعائم الآتي بيانها:

أولاً: أن المشرع الجمركي عامل للنقص في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها عما هو مدرج في قائمة الشحن، بافتراض أن الربان قد هربها. ولا يتصور أن يتطرق هذا الافتراض إلا بجريمة إغفالها إلى البلاد بطريق غير مشروع دون أداء ضرائبها الجمركية. وإذا كان من المقرر أن الجريمة لا تقوم إلا عن أفعال أئتمها المشرع من خلال العقوبة التي يفرضها جزاء إتيانها، مصيباً بعينها من يكون مسئولاً عنها من الفاعلين والشركاء؛ وكانت العقوبة قد تتخذ صورة الغرامة المالية التي يقدر المشرع أن ثقلها يعتبر كافياً لردع الجناة المحتملين وحملهم على تجنبها؛ وكان القانون الجمركي قد ربط المخالفة الجمركية التي يمثلها النقص غير المبرر في عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها، بالفتادة التي تصور أنها تعود على جناتها من وراء ارتكابها، فرد عليهم ما قصده منها من خلال الغرامة التي فرضتها المسادة ١١٧ من هذا القانون، والتي نسبها إلى المكوس الجمركية ذاتها حتى لا يكون مبلغها ثأناً؛ فإن هذه الغرامة -وذلك طبيعتها- تتوافر لها خصائص الغرامة النسبية التي يتضامن المسئولون عن الجريمة التي تستوجبها، فهي دفعا -فاعلين كانوا أو شركاء- فلا يحكم عليهم -مع تعددهم- إلا بغرامة واحدة يقعها المشرع وفقاً للضوابط التي قدرها لتسايرها مع الفتادة

التي حققها الجناة من جريمتهم، أو التي قصدوا إلى بلوغها بارتكابها، فلا تحصل الإدارة الجمركية إلا على مبلغها لا أكثر ولا أقل، توكيدا لمعنياتها التي لا ينافيها تقرير حد أدنى لها.

ثانياً: لكل جريمة عقوبتها التي لا تنفصل عن الأفعال التي تكونها. والغرامة التي فرضتها المادة ١١٧ من القانون الجمركي، مناطها تلك المخالفة الجمركية التي يفترض المشرع أن الريان أو قائد الطائرة قد ارتكبها، فلا تقوم هذه الجريمة في حقهما إلا بتوافر لركان هذه الجريمة، وإثباتها بكل عناصرها.

فلا يحكم بها على من يكون غير مسئول جنائيا عنها، فإذا تعدد المسؤولون عن المخالفة الجمركية -الذين وصفهم المشرع بالفاعلين والشركاء- تحقق تضامنهم في الوفاء بعقوبتها.

ثالثاً: أن الغرامة التي حددتها النصوص المطعون عليها، وإن خول المشرع الإدارة الجمركية ذاتها الحق في توقيعها، إلا أن ماهية هذه الغرامة لا تتحدد على ضوء حقيقة الجهة التي خولها المشرع حق فرضها، وإنما بالنظر إلى خصائصها.

رابعاً: الأصل في الطرود أن يكون ما فرغ منها -سواء في إعدادها أو محتوياتها- مطابقا لمبياناتها في قائمة الشحن. فإذا نقص ما فرغ من هذه الطرود عما هو مدون بشأنها في تلك القائمة، فإن افتراض تهريبها يقوم في حق الريان أو قائد الطائرة إعمالا لتلك القرينة التي أحدثها المشرع، والتي لا يدفعها أيهما إلا إذا أقام الدليل على عكسها ببراهين يبرر بها هذا النقص.

خامساً: لا يجوز أن يمتد اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتقرير عقوبتها، إلى إحداثها لقرائن قانونية تنفصل عن واقعها، ولا تربطها بالتالي ثمة علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها، لتحول بها بين السلطة القضائية ومباشرة مهامها في نطاق الدعوى الجنائية التي اختصها بالفصل فيها. ذلك أن الأغراض النهائية للقوانين الجنائية ينافيها على الأخص أن يبدل المتهمون لغير جريمة، أو عن طريق الإخلال بالموازين الدقيقة التي يتكافأ بها مركز سلطة الاتهام، ومتهموها.

سادساً: أن المسؤولية الجنائية لا تحركها إلا مصلحة الجماعة بافتراض أن ضرراً قد أصابها من خلال إثبات الأفعال التي أُلهمها المشرع لضرورة اجتماعية قدرها؛ متراجا بعقابها تبعاً لخطورتها؛ وناهيا أصلاً عن التنازل عن الخصومة الجنائية موضوعها أو التصالح عليها.

فلا يكون الجزاء عليها محض تعويض، بل إيلافا مقصودا لردع جناتها، ضمانا لأن يكون الوقوع فيها من جديد لكل احتمالا.

ولا كذلك المسؤولية المدنية التي لا يقوم الخطأ فيها على إرادة إتيان الفعل والبصر بنتيجته، أو توقعها، وإنما مناطها كل عمل غير مشروع يلحق بأحد من الأعيار ضررا، سواء أكان هذا العمل عمدا لم إهمالا. ومن ثم كان التعويض الكامل جزاءها. وهو لا يكون كاملا إلا إذا كان جابرا لعناصر الضرر جميعها دون زيادة أو نقصان؛ وكان هذا التعويض كذلك من الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها؛ وكان اجتماع المسؤولية الجنائية والمدنية جائزا، إذا كان الفعل الواحد منشأ لهما معا، بأن كان ضارا بالجماعة وبالفرد في آن واحد؛ وكان تباعدهما كذلك متصورا؛ إلا أن أظهر ما يميز بينهما، أن افتراض الخطأ، وإن جاز في المسؤولية المدنية بالتقدير، وفي الحدود المنطقية التي يبينها المشرع، إلا أن المسؤولية الجنائية لا يقيما إلا دليل يمتد لكل أركانها، ويثبتها.

سابعاً: أن جريمة التهريب الجمركي من الجرائم المدنية التي لا يجوز افتراضها، ولا تتوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها، ولا تعتبر للشبهة التي تحيطها، ويظن معها الوقوع فيها، سلوكا محددا أثناء جان، بل توهم لا يقوم به دليل، ولا تنهض به المسؤولية الجنائية.

ثامناً: إذ أكام المشرع من مجرد وجود نقص في عدد الطرود المفروغة أو محتوياتها، قرينة على تهريبها لا يدفعها المتهمون عنهم إلا بتقديم ما ينقضها؛ فإن إخفاهم في نفيها، يكون تقريراً لمسئوليتهم الجنائية عن الجريمة بما يناقض افتراض براءتهم؛ ويحول دون انتفاعهم بضمانة الدفاع التي تفترض لممارستها قيام اتهام محدد ضدهم، معزز بالبراهين الجائز قبولها قانوناً؛ وإخلالاً بالضوابط التي فرضها الدستور في مجال محاكمتهم إصفاً؛ وتعدياً كذلك على الحدود التي فصل بها بين ولاية كل من السلطين التشريعية والقضائية^(١).

الفرع الثاني

مناط مسؤولية الحائز للبضائع الأجنبية التي يتجر فيها مع العلم بتهريبها

٦٩٠- كان المشرع بعد أن نص في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركي الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ على أن حيازة البضائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها مع العلم بأنها مهربة، تعتبر في حكم التهريب الجمركي؛ قضى بأن هذا العلم يفترض إذا

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٨ قضائية "مستوية" - جلسة ١٩٩٧/٨/٢ - قاعدة رقم ٤٩ - ص ٧٤٩ من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

لم يقدم حائز البضائع الأجنبية بقصد الاتجار، ما يؤيد مسبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها.

وقد طعن بعدم دستورية هذه القرينة التي أحل بها المشرع واقعة عدم تقديم الأوراق المؤيدة لسبق دفع الضريبة عن البضائع الأجنبية للمحوزة بقصد الاتجار فيها، محل واقعة العلم بتهريبها، معفاً بذلك سلطة الاتهام من التزامها الأصل بأن تقدم بنفسها للدليل على تحقق كل ركن يتصل ببنيان الجريمة، بما في ذلك للقصد الجنائي ممثلاً في إرادة إتيان الفعل مع العلم بالوقائع التي تعطيه دلالة الإجرامية.

وخلص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية الفقرة الثانية من هذا المادة ١٢١ من هذا القانون، وذلك فيما تضمنته من افتراض القصد الجنائي على النحو المتقدم. وقام حكمها في ذلك على الدعاوى الآتية:

أولاً: أن القرينة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٢١ المشار إليها، قرينة قانونية. ذلك أن الأصل في القرائن القانونية -قاطعة أو غير قاطعة- أنها من عمل المشرع. وهو لا يقيمها تحكماً أو إسلأء. وإنما يصوغ المشرع القرينة، ويحدد مضمونها، على ضوء ما يقع غالباً في الحياة العملية.

وإذا كانت القرينة القانونية التي أوردتها الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجمركي تتعلق ببضائع أجنبية تم التعامل فيها بعد خروجها من الدائرة الجمركية؛ وكان هذا التعامل لا ينحصر فيما قام باستيرادها ابتداءً، وإنما تتناولها أيد عديدة -شراء وبيعاً- إلى أن تصل إلى حائزها الأخير؛ وكان للتعامل فيها خلال مراحل تداولها المختلفة، يتم بافتراض سبق الوفاء بالضريبة الجمركية المستحقة عنها بعد تجاوزها للدائرة الجمركية التي ترصد في محيطها البضائع الواردة، وتقدر في نطاقها ضرئتها، وتمتكم لإجراءاتها؛ وكان ما تقدم هو الأصل فيها، فلا ينقض هذا الأصل إلا بدليل يقدم من الإدارة الجمركية ذاتها. وكان هذا الأصل مردداً للمادة ٥ من القانون الجمركي التي يدل حكمها على أن البضاعة الواردة لا يجوز الإفراج عنها، إلا بعد أداء مكوسها على اختلافها، ما لم ينص القانون على غير ذلك؛ فإن الواقعة البديلة التي اختارها النص المطعون فيه -مثلة في عدم تقديم حائز البضاعة الأجنبية بقصد الاتجار فيها، ما يدل على الوفاء بالمكوس المقررة عليها- تكون قرينة على علم المتهم بأن البضائع الأجنبية التي يحوزها بقصد الاتجار فيها، قد تم تهريبها.

وهي قرينة تحكمية حجب المشرع بها محكمة الموضوع عن التحقق من توافر هذا العلم أو تخلفه. وتدعو القرينة بالتالي مقعدة لإحلال افتراض البراءة.

ثانياً: إذ كانت جريمة التهريب الجرمي من الجرائم العمدية؛ وكان الأصل هو أن تتحقق المحكمة بنفسها -وعلى ضوء تقديرها للأدلة التي تطرح عليها- من علم المتهم بحقيقة كل واقعة تقوم عليها الجريمة، وأن يكون هذا العلم يقينياً، لا ظنياً أو افتراضياً؛ وكان لا يجوز للسلطة التشريعية للتدخل بالقرائن التي تنشأها لغل يد المحكمة عن القيام بمهمتها الأصلية في مجال التحقق من قيام أركان الجريمة التي عينها المشرع، إصلاً لمبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضائية؛ وكان نص الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من القانون الجرمي، قد حدد واقعة بذاتها جعل ثبوتها بالطريق المباشر، دالاً بطريق غير مباشر على العلم بالواقعة الإجرامية، ليفرض بذلك وجهة للنظر التي لوثاها في مسألة تستلزم محكمة الموضوع بتحقيقها عند الفصل في الاتهام الجنائي؛ وهو تحقيق لا سلطان لسواها عليه، ومال ما يسفر عنه إلى العقيدة التي تتكون لديها من جماع الأدلة المطروحة عليها؛ فلن واقعة العلم بالتهريب التي نسبها للنص المطعون فيه إلى المتهم، تتمحض انتحالاً لاختصاص عهد به الدستور إلى السلطة القضائية، وتحدياً على الحدود التي تفصل بينها وبين السلطة التشريعية؛ وبما يناقض كذلك افتراض البراءة من التهمة الجنائية، ويخل بالحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً.

الفرع الثالث

مناط مسؤولية رئيس تحرير الصحيفة

٦٩١- كان المدعى قد أقام للدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية أمام المحكمة الدستورية العليا^(١)، ناعياً على نص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات مخالفتها للدستور. وقد تبين لهذه

(١) القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ ق "دستورية" جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ -قاعدة رقم ١٩- ص ٢٨٦ وما بعدها في الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. هذا وقضى المادة ١٩٥ من قانون العقوبات بما يأتي:

فقرة أولى: "مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسؤول عن قسمها الذي حصل فيه النشر إذا لم يكن شاعراً رئيس تحرير، بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التي ترتكب بواسطة صحيفته.

فقرة ثانية: ومع ذلك يعفى من المسؤولية الجنائية:

١. إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه، وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسؤول عما نشر.
٢. أو إذا أُرشد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة، وقدم ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسؤولية، وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يتم النشر لمرض نفسه لضارة وظيفته في الجريدة أو لضرر جسيم آخر".

المحكمة أن للفترة الأولى من تلك المادة هي التي يقوم عليها الاتهام الجنائي ضد المدعى عليه الثاني باعتباره رئيس تحرير الجريدة التي نشر بها المقال المتضمن قذفاً ومسباً في حق المدعى؛ وأن الخصومة الدستورية يحرص نطقها في هذه الفقرة؛ وأن ارتباطها بفترة الثانية وإن كان لا يقبل التجزئة -باعتبار أن أولاهما تقرر المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير، وأن ثانيتهما تحدد صور الإغناء منها- إلا أن إبطال فترتها الأولى يعتبر كافياً وحده لمسقوط فترتها الثانية التي لا يتصور تطبيقها ما لم يكن تقرير مسؤولية رئيس التحرير في الحدود التي تضمنتها الفقرة الأولى -جائزاً وفقاً لأحكام الدستور.

وقد خُص قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى الحكم بعدم دستورية للفترة الأولى من المادة ١٩٥ المشار إليها، وبسقوط فترتها الثانية. وقام حكمها في ذلك محمولاً على الدعائم الآتية:

أولاً: لا شأن للجريمة بدخائل النفس ومضميراتها. ذلك أن الجريمة تبلور سلوكاً خارجياً مؤخذاً عليه قانوناً.

ثانياً: الأصل في الجرائم العمدية جميعها، أنها تعكس تكويناً مركباً باعتبار أن قوامها التزام بين يد اتصال الإثم بعملها، وعقل واع خاطئها، ليهيمن عليها، ويوجهها إلى النتيجة التي قصد إحداثها، نيلاً من هذا القصد -باعتباره ركناً معنوياً في الجريمة- الشخصية الفردية في ملاحمتها وتوجهاتها. ذلك أن حرية الإرادة تعني حرية الاختيار بين الخير والشر، ولكل وجهة هو مولئها، لتتحل الجريمة -في معناها للحق- إلى علاقة ما بين العقوبة التي فرضها المشرع، والإرادة التي تعمل فيها تلك للنزعة الإجرامية التي يتعين أن يكون تقويمها ورد أثرها بديلاً عن الانتقام والتأثر من صاحبها.

ثالثاً: يؤثر تجريم الأفعال التي تتصل بالمهام التي تقوم الصحافة عليها وفقاً للدستور -ولو بطريق غير مباشر- الشبهة المبدئية حول دستورتها، لتفصل المحكمة الدستورية العليا فيما إذا كان الفعل المؤثم قانوناً في نطاق جرائم النشر، ينال من الدائرة التي لا تنتفخ حرية التعبير إلا من خلالها؛ أم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتبارها.

رابعاً: كفل الدستور للصحافة حريتها، ولم يجز إنذارها أو وقفها أو إلغاءها إدارياً، بما يحول كأصل عام دون التدخل في شؤونها، أو إرهابها بقيود ترد رسائلها على أعقابها، أو تقلص دورها في بناء مجتمعتها وتطويعه.

ذلك أن حرية الصحافة قولها أن يكون الحوار بدلاً عن القهر والتسلط، وناغدة لإطلاق المواطنين على الحقائق التي لا يجوز حجبها عنهم؛ ومختلاً لتعميق معلوماتهم فلا يجوز طمسها أو تلويثها. بل إن الصحافة تكفل للمواطن دوراً فاعلاً، وعلى الأخص من خلال الفرص التي تتيحها لنشر الآراء التي يؤمن بها Individual self-expression. فلا يكون سلبها منكناً وراء جدران مغلقة، أو مطارداً بالقرع من بأس السلطة وعوانيتها.

خامساً: أن افتراض براءة المتهم وصون الحرية الشخصية من كل عدوان عليها، إعلان كليهما الدستور بالمادتين ٤١ و ٦٧.

فلا يجوز أن تأتي السلطة التشريعية عملاً يخل بهما، وعلى الأخص عن طريق ادعائها لنفسها الاختصاص المخول للسلطة القضائية في مجال التحقق من قيام الجريمة بأركانها التي حددها المشرع، بما في ذلك القصد الجنائي إذا كان متطلباً فيها.

إلا أن النص المطعون فيه، افترض أن الإذن بالنشر الصادر عن رئيس تحرير الجريدة، يفيد علمه على وجه اليقين، بالصادرة التي تضمنها المقال بكل تفاصيلها، وأن محتواها يشكل جريمة معاقباً عليها قصد رئيس التحرير إلى ارتكابها وتحقيق نتائجها، مقبلاً بذلك قرينة قانونية محل فيها هذا الإذن محل القصد الجنائي، وهو ركن في الجريمة العمدية لا تقوم بغيره.

ولا ينال مما تقدم، حالة أن البند (١) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، قد أعنى رئيس التحرير من المسؤولية الجنائية التي أضافتها فقرتها الأولى في حقه، إذا قدم الدليل على أن النشر تم بدون علمه. ذلك أن مجرد تمام النشر دون علمه، ليس كافياً وفقاً لهذا البند لإعاقته من مسؤوليته الجنائية. وإنما يتعين عليه فوق هذا -إذ أراد التخلص منها- أن يقدم لجهة التحقيق كل ورقة ومطومة تعينها على معرفة المسؤول عما نشر. بما مؤداه قيام مسؤوليته الجنائية، ولو لم يباشر دوراً في إحداثها. فضلاً عن أن النص المطعون فيه جعل رئيس التحرير مواجهاً بواقعة أثبتتها القرينة القانونية في حقه دون دليل يظهره، ومكافئاً المتهم بنفسها خلافاً لافتراض البراءة.

كذلك يظل رئيس التحرير وفقاً للبند (٢) من الفقرة الثانية من النص المطعون فيه، مسؤولاً عن الجرائم التي تضمنها المقال، ولو أثبت أنه لو لم يقرم بالنشر، لفقد وظيفته في الجريدة التي يعمل بها، أو تعرض لضرر جسيم آخر. إذ عليه فوق هذا، أن يرشد أثناء التحقيق عن أتي الجريمة، وأن يقدم كل ورقة ومطومة لديه، لإثبات مسؤوليته.

وهو ما يعنى أنه ليا كانت الأعذار التى يقدمها رئيس تحرير الجريدة، مثبتاً بها اضطرابه إلى النشر، فإن مسئولية الجنائية لا تنتقل إلا إذا أُرشد عن شخص قد لا يعرفهم، هم المسؤولون عن المقال أو غيره من صور التمثيل. وهو ما يناقض شخصية المسؤولية الجنائية التى تقتضى ألا يكون الشخص مسئولاً عن الجريمة، ولا أن تفرض عليه عقوبته، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

سابعاً: أن ما تقدم مؤداه، أنه سواء لكان النشر فى الجريدة قد حصل دون تدخل من رئيس تحريرها؛ لم كان قد أنن بالنشر اضطراباً حتى لا يفقد عمله فيها، أو توقيفاً لضرر جسم آخر؛ فإن رئيس التحرير يظل فى الحالتين مسئولاً جنائياً بمقتضى النص المطعون فيه الذى أنشأ فى حقه قرينة قانونية افتراض بموجبها علمه بكل ما احتواه المقال المتضمن سباً أو قذفاً فى حق الآخرين. وهى بعد قرينة يظل حكمها قائماً، ولو كان رئيس التحرير متغيباً عند النشر، أو كان قد عهد إلى أحد محرريها بقر من مسئوليته؛ أو كانت السلطة التى ينشئها عملاً فى الجريدة، تؤكد أن توليه لشؤونها ليس إلا إشراقاً نظرياً لا فعلياً.

سابعاً: وما يقال من أن كل واقعة لوردها المقال متضمنة سباً أو قذفاً فى حق الآخرين، ما كان لها أن تتصل بالغير، إلا إذا أنن رئيس التحرير بنشرها، لتكتمل بالنشر الجريمة التى نسبها النص المطعون فيه إلى رئيس التحرير.

مردود أولاً: بأن الجريمة العمدية تقتضى لتوافر القصد الجنائى بشأنها -وهو أحد أركانها- علماً من الجانى بعناصر الجريمة التى ارتكبها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التى أحاطها المشرع بها، فلا تكون نتيجة غير التى قصده إلى إحداثها، شأن الجريمة العمدية فى ذلك، شأن الجريمة التى نسبها النص المطعون فيه لرئيس تحرير الجريدة باعتباره فاعلاً أصلياً لها.

ولا يتصور بالتالى أن تتمحض هذه الجريمة عن إهمال يقوم مقام العمد. إذ هى جريمة عمدية ابتداء وانتهاء لا تتوافر أركانها ما لم يكن رئيس التحرير حين أنن بنشر المقال المتضمن قذفاً وسباً، كان مدركاً أبعاده وإعياً بأثاره، قاصداً إلى نتيجته.

ومردود ثانياً: بأن اعتبار رئيس تحرير الجريدة فاعلاً أصلياً لجريمة عمدية، ومسئولاً عن ارتكابها، لا يستقيم مع افتراض القصد الجنائى بشأنها، وإلا كان ذلك تشويهاً لخصائصها.

ومرئود ثالثاً: بأن ما تتوخاه كل جريدة، هو أن يكون اهتمام قارئها بموضوعاتها حياً من خلال تنوعها وعمقها وتعدد أبعادها على كامل صفحاتها مع كثرتها، وتطرقها لكل جديد في العلوم والفنون على تباينها. فلا تكون قوة الصحافة إلا تعبيراً عن منزلتها فسي إدارة الحوار العام وتطويره؛ لا تنقيد رسائلها في ذلك بالحدود الإقليمية، ولا تحول دون اتصالها بالآخرين قوة أيا كان أسسها؛ بل توفر صناعتها سواء من خلال وسائل طبعتها أو توزيعها - تطوراً تكنولوجياً غير مسبوق يعزز دورها، ويقارنها تسابق محموم يتوخى أن تقدم الجريدة في كل إصداراتها، الأفضل والأكثر إثارة لقارئها، وأن تتيح لجمهورهم قاعدة أعرض لمعلوماتهم، ومجالاً حيوياً يعبرون فيه عن ذواتهم، وأن يكون أثرها في وجدانهم، وصلاتهم بمجتمعهم بعيداً.

بل إن الصحافة بأدائها وأخبارها وتحليلاتها، إنما تقود رأياً عاماً ناضجاً، وفاعلاً، يبلوره إسهامه في تكوينه وتوجيهه.

ولا يتصور في جريدة تتعدد صفحاتها، وتتزامن مقالاتها، وتتعدد مقاصدها، أن يكون رئيس التحرير محيطاً بها جميعاً، نافذاً إلى كافة محتوياتها، محصياً بعين ثاقبة كل جزئياتها، ولا أن يزن كل عبارة تضمناها بافتراض سوء نية من كتبها، ولا أن يقيسها وفق ضوابط قانونية قد يدق الأمر بشأنها، فلا تتحد تطبيقاتها.

ومرئود رابعاً: بأن المسؤولية التصديرية وفقاً لقواعد القانون المدني - وقوانينها كل عمل غير مشروع ألحق ضرراً بالتغير - هي التي يجوز افتراض الخطأ في بعض صورها. ولا كذلك المسؤولية الجنائية، التي لا يجوز أن يكون الدليل عليها منتحلاً، ولا ثبوتها مفترضاً.

ومرئود خامساً: بأن رئيس التحرير وقد أذن بالنشر، لا يكون قد أتى عملاً مكوناً لجريمة يكون به فاعلاً مع غيره. ذلك أن الشخص لا يعتبر فاعلاً للجريمة إلا من خلال أعمالٍ باشرها متصل بها وتعتبر تنفيذاً لها. ولئن جاز القول بأن العنانية في الجريمة التي تضمناها النص المطعون فيه، لا تتم إلا من خلال الأمر بنشر المقال المتضمن نقفاً وسباً في حق الآخرين، إلا أن مسؤولية رئيس التحرير جنائياً عن تحقق هذه النتيجة، شرطها اتجاه إرادته لإحداثها، ومنحطها علماً يقينياً بأبعاد هذا المقال.

ولا كذلك النص المطعون فيه، إذ افترض مسؤوليته جنائياً بناء على صفته كرئيس تحرير يتولى شئون الجريدة باعتباره مشرفاً عليها، فلا يكون مناطها إلا الإهمال في إدارتها، حال أن الإهمال والعدم نقيضان لا يتلاقيان. بل إن رئيس تحرير الجريدة، يظل دون غيره

ممتنولاً عما ينشر فيها، ولو تعددت ألسامها، وكان لكل منها محرر مسئول يباشر عليها سلطة قطعية.

ومرود سادساً: بأن صور الإعفاء من المسؤولية الجنائية لرئيس التحرير -المقررة بالفقرة الثانية من المادة ١٩٥ع- لا يتصور تطبيقها إلا إذا كانت هذه المسؤولية موافقة ابتداء لأحكام الدستور، ومن ثم يكون إبطال فقرتها الأولى لمخالفتها للدستور، مستتبعا سقوط الفقرة الثانية من هذه المادة، فلا تقوم لها قائمة.

الفرع الرابع

مناط علم المؤجر بالعقد الصادر من نائبه أو أحد شركائه أو نائبهم

في شأن عين مؤجرة

٦٩٢- كان قد طعن في القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية، بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن مخالفتها للدستور^(١).

وقد قضي بعدم دستورية هذه الفقرة، وذلك فيما تضمنته من افتراض علم مؤجر المكان أو جزء منه بالعقد السابق الصادر من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم. وقام قضاء المحكمة الدستورية العليا في ذلك على الدعاوى الآتية:

أولاً: أن القرائن القانونية جميعها من عمل المشرع. وهو يفرضها في مجال الجريمة باعتبارها قواعد تتعلق بإثباتها Evidentiary rules غايتها افتراض ولقعة بذاتها -لا تكتمل أركان الجريمة بعيداً عنها- واعتبارها ثابتة بحكم القانون، فلا يكون أمام المتهمين إلا نفيها.

وهي بذلك تقصر عن أن تؤكد بصفة نهائية صحة الواقعة التي افترضها المشرع، باعتبار أن الأصل هو جواز هدمها Rebuttable Presumption.

(١) صدر الحكم فيها بجلسة ٣ يناير ١٩٩٨- وهو منشور في ص ١٠٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا. هذا وتنص الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن بعض الأحكام المتعلقة ببيع وتأجير الأماكن على ما يأتي يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ٥٠٠ جنيه ولا تجاوز ألفي جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من أجرة مكاناً أو جزءاً منه، أو باع، ولو بعقد غير مشهر، أو مكن آخر منه، وكان ذلك للتأجير أو البيع أو التمكين على خلاف مقتضى عقد سابق، ولو غير مشهر، صادر منه أو من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبهم. ويقترض علم هؤلاء بالعقد السابق الصادر من أيهم.

ثانياً: أن افتراض براءة المتهم، يستصحب الفطرة التي جبل الإنسان عليها. وهو كذلك شرط للحرية المنظمة يكرس قيمها الأساسية. فضلاً عن صلته الوثيقة بالحق في الحياة، وبدعائم العدل التي تقوم على قواعدها النظم المدنية والسياسية جميعها.

والبراءة لا يجوز تطبيقها على شرط يهدمها؛ ولا تعطيلها من خلال اتهام يكون متهاوياً.

بل إن الإخلال بها -وباعتبارها مبدأ بدهياً- An Axiomatic Precept يعد خطأ لا يخفى A prejudicial Error مستوجباً نقض كل قرار لا يتوافق معها. ولا يعتبر مجرد الاتهام كافياً لهدم أصل البراءة، ولا مثبثاً لواقعة تقوم بها الجريمة، ولا حائلاً دون التتليل عليها. وإنما يظل هذا الأصل قائماً إلى أن ينقض من خلال حكم قضائي صار باتاً بعد أن أحاط بالتهمة عن بصر وبصيرة، وخلص إلى أن الدليل على صحتها بكل مكوناتها- كان نقياً متكاملًا.

ويبدو افتراض البراءة أكثر ضرورة في مجال حقوق الدفاع بالنظر إلى أن الوسائل الإجرائية التي تملكها النيابة العامة في مجال إثباتها للجريمة، تدعها موارد ضخمة وقصّر المتهم عنها، ولا يوازن إلا لافتراض البراءة، لضمان ألا يدان عن الجريمة ما لم يكن الدليل عليها مبرراً من كل شبهة لها أساسها Dans la Doute, on acquitte.

ولا يجوز بالتالي أن تنصر النصوص العقابية، باعتبارها ذاتية لأصل براءة المتهمين بمخالفتها. وإنما يكون لكل متهم -رأى كاناً إلى هذا الأصل- أن يظل "ابتداءً" صامتاً، وأن يفيد "انتهاء" مما يعتبر شكاً معقولاً Doute raisonnable محيطاً بالتهمة من جهة ثبوتها.

ثالثاً: نكل الفقرة الأولى من المادة ٨٢ للمطعون عليها، على أن الجريمة المنصوص عليها فيها من الجرائم العمدية، وأن مناطها قيام شخص بتلجير عين بذاتها أو جزء منها -ولو بعقد غير مشهر- كلما تم هذا التلجير بالمخالفة لعقد قائم سبق أن حرره هو أو صدر عن نائبه أو عن أحد شركائه، أو نوابهم. ومن ثم يكون القصد الجنائي ركناً معنوياً في هذه الجريمة لازماً لثبوتها.

بيد أن المشرع قدر أن للعقد الجديد المنالض للعقد السابق، قد لا يكون صادراً عن دخل في العقد الأول، بل عن نائبه، أو أحد شركائه، أو عن وكيل لأيهما، فافتراض علم هؤلاء جميعاً بالعقد السابق؛ وكأنهم جميعاً شخص واحد يقرر الأمور عاقلها، ويزنها في إطار من القيود التي حدد بها المشرع نطاق الأعمال التي يجوز أن يبشرها.

وهو افتراض لا دليل عليه، ومواده إعفاء النيابة العامة من التزامها بتقديم الدليل على علم المجرم بالتعاقد السابق الصادر من نائبه، أو من شريكه في العين التي يملكانها.

وتلك هي القرينة القانونية التي ألحقتها المشرع على افتراض البراءة، والتي أهدر بها الحرية الشخصية التي تبلور للنصوص العقابية أخطر القيود عليها؛ والتي يعتبر ضمانها ضد كل صور للتدخل والتسلط لازماً لصونها؛ وعلى الأخص في إطار محاكمة جنائية يكون زمامها بيد محكمة الموضوع وحدها؛ ويقوم قضاؤها فيها متصلاً بأعمال التحقيق التي تجريها بنفسها، والتي تستخلص منها لفتتاها بقيام الجريمة المدعى بها أو انتفاؤها. فذلك وحده شرط إنصافها.

ومن ثم تكون الفقرة المطعون عليها مخالفة لأحكام المواد ٤١، ٦٧، ٦٩، ٨٦، ١٦٥ من الدستور^(١).

والقول بأن الأحكام التي تضمنها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ في شأن مريان قواعد القانون المدني على صور بذواتها من العلائق الإجارية، وإهدار كل قاعدة على خالفها، تعتبر أصح للمتهم في مجال تطبيقها على النزاع المائل، مردود بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن اتفاق القانونيين اللاحق والسابق مع أحكام الدستور، يعتبر شرطاً مبدئياً للنظر في أصحهما للمتهم. ولا كذلك الفقرة الثانية المطعون عليها التي خلص قضاء هذه المحكمة إلى تعارضها مع بعض الأحكام التي تضمنها.

المطلب الثاني

للتمييز بين القوانين القانونية وإعمال المسؤولية الجنائية بطريق القياس

٦٩٣- على أن القوانين القانونية جميعها -في مجال تطبيقها فسي النطاق الجنائي- تقتضى إعفاء لمصلحة الاتهام، من تقديم الدليل على واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها.

ويظل التليل على الجريمة في باقى عناصرها، واجبا أصيلاً على هذه السلطة تتولاها بنفسها وبوسائلها. ولا كذلك أن تكون المسؤولية الجنائية لشخص معين، تحميلاً على المسؤولية الجنائية لغيره، إذ لا يتصل ذلك بالقوانين القانونية في قليل أو كثير. وإذما تتمحض المسؤولية

(١) انظر كذلك في عدم دستورية افتراض تقصد الجنائي، قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية دستورية، الصادر عنها بجريتها المعقودة في ١٦ فبراير ١٩٩٦، والمنشور في ص ١٤٢ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكامها.

الجنائية في هذا الفرض عن مسئولية بطريق القياس. ذلك أن المتهم إذ يعتبر مسؤولاً جنائياً عن جريمة بعينها، لمجرد أن غيره قد ارتكبتها؛ فإن هاتين المسئوليتين لا تكونان منفصلتين أو مختلفتين. وإنما تكون مسئوليته هو عن الجريمة، ملحقه بمسئولية غيره بشأنها لتقوم معها وتزول بتخلفها.

وتقدم لنا القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" خير مثال على ذلك. فقد اتهم بعض المسؤولين عن النشر في جريدة حزبية بأنهم نمبوا إلى وزير البترول والثروة المعدنية -عن طريق النشر في جريدة حزبية- أمراً لو قام الدليل عليها لكان واجبا عقابه، باعتبارها تشكل في حق جرائم الرشوة والتزوير والإضرار بالمال العام؛ وكان ذلك بسوء قصد منهم؛ وبغير تكليل من جانبهم على حقيقة كل فعل نسبوه إلى المضرور من النشر.

وإذا كان الاتهام الجنائي قد شمل رئيس الحزب الذى يملك الجريدة، فقد دفع رئيس الحزب بعدم دستورية المادة ٢/١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، والتي تنص على أن يكون رئيس الحزب مسؤولاً مع رئيس تحرير صحيفة الحزب عما ينشر فيها.

٦٩٤- وهذه الفقرة هي التي قضى بعدم دستورتها تأسيساً على ما يأتي^(١).

أولاً: أن رئيس الحزب يعد مسؤولاً وفقاً للنص المطعون فيه بوصفه شخصاً طبيعياً، وليس باعتباره نائباً عن الحزب الذى يمثله قانوناً فى التعاقد، وكذلك فى علاقاته بالغير، وأمام القضاء. ومسئوليته هذه لا تقوم "منفردة" لخصائص تتعلق بها؛ ولا ترتبط بأعمال محددة تقوم عليها؛ بل انضماماً إلى مسئولية غيره لتقارنها، وتصاحبها، فلا تفصل عنها.

ذلك أن مسئولية رئيس التحرير عما ينشر فى الصحيفة الحزبية؛ لا ينظمها إلا نص المادة ١٩٥ع التى تنص بأنه "مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية بالنسبة لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة أو المحرر المسئول عن قسمها الذى حصل فيه النشر -إذا لم يكن شمة رئيس تحرير- بصفته فاعلاً أصلياً للجرائم التى ترتكب بواسطة صحيفته".

(١) انظر القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٢- ص ٤٥ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ومن ثم تقوم مسئولية رئيس الحزب التي رتبها النص المطعون فيه، مع مسئولية رئيس التحرير، وإلى جانبها، لتكون لها ملاحها ومقوماتها.

ثانياً: أن النص المطعون فيه - وإن كان عقابياً - إلا أنه خلا من بيان الأفعال التي أُنشأ في شأن رئيس الحزب، والتي يعتبر إتيانها لها واقعا في دائرة التجريم. وإنما جعل مسئولية رئيس التحرير الجنائية - وفي الحدود المنصوص عليها في المادة ١٩٥ ع - أصل تتفرع عنه مسئولية رئيس الحزب - للمدعى في الخصومة الدستورية - جنائياً. وجاء بذلك مخالفاً للدستور، ذلك أن شخصية العقوبة المنصوص عليها في المادة ٦٦ من الدستور، تفترض شخصية المسئولية الجنائية، فلا يزر الشخص غير سوء عمله، ولا يؤخذ بجريرة الجريمة إلا جناتها، ولا يناد عقابها إلا من قارفها، ولا يكون مسؤولاً عن الجريمة، إلا باعتباره فاعلاً لها أو شريكاً فيها.

ثالثاً: أن تحديد الأفعال التي كان ينبغي أن تقوم عليها الجرائم محل الاتهام الجنائي، ضرورة يقتضيها اتصال هذه الجرائم بمباشرة الصحافة للمهام التي ناطقها الدستور بها. وتوجبها مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية، التي تفصل على ضوئها فيما إذا كان الفعل الموثق قانوناً في نطاق جريمة النشر، ينال من الدائرة التي لا تتكس حرية التعبير عن الآراء إلا من خالفها، أم يعتبر مجرد تنظيم لتداول هذه الآراء بما يحول دون إضرارها بمصلحة حيوية لها اعتبارها. ذلك أن الدستور كفل للصحافة حريتها بما يحول - كأصل عام - دون التدخل في شؤونها، أو إرهابها بقيود تؤثر في رسالتها.

رابعاً: أن النص المطعون فيه، مؤداه أن جرائم النشر التي تقع من خلال الصحيفة الحزبية، تنطلق أساساً ابتداءً برئيس التحرير؛ وبالمدعى إلحاقاً كرئيس للحزب الذي يملك تلك الصحيفة - ويوصفها فاعلين أصليين لها. وإذا كان هذان المتهمان مجاهدين بهذه الجرائم بافتراض أن لهما دوراً في إحداثها، وأنها عائدة إلى تخليهما عن واجباتهما؛ فقد غدا لازماً أن يكونا متكافئين في وسائل دفعها. غير أن النص المطعون فيه، جرد رئيس الحزب من وسائل الدفاع التي يقبل بها التهمة المنسوبة إليه، ولكتفي بأن تكال النيابة العامة على مسئولية غيره ممثلاً في رئيس التحرير، لتقوم المسئولية الجنائية لرئيس الحزب ترتيباً عليها، وفي إطارها.

وهو ما يعني أن رئيس الحزب صار - في نطاق مسئوليته الجنائية الشخصية - تابعاً لغيره في أمر يرتبط بحريته الشخصية التي لا يجوز تقييدها بأفعال يأتيها الآخرون، ويكون مصيره معلقاً عليها. وأية ذلك أن النص المطعون فيه يقيم المسئولية الجنائية لرئيس الحزب

فى الحدود التى تنهض بها المسؤولية الجنائية للشخصية لرئيس التحرير. فإن هو دهمها، أفسد رئيس الحزب من سقوطها، وإلا تحمل تبعاتها كاملة. وهو ما يعتبر تمييزاً جائراً بين المتهمين فى مجال الحقوق التى يتمتعون بها وفقاً للدستور، وعلى الأخص على صعيد محاكمتهم بطريقة منصفة فى مقوماتها وضوابطها، تتكافأ من خلالها فرصهم فى مواجهة الاتهام الجنائي ونفيه، مما يخل بمساواتهم أمام القانون وفقاً لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن المسؤولية الجنائية التى قررها النص المطعون فيه فى شأن رئيس الحزب، هى فى حقيقتها نوع من المسؤولية بطريق القياس Punishment by analogy. فقد ألحق المشرع مسؤولية رئيس الحزب بمسؤولية رئيس التحرير، وربطها بها، وجعلها من جنسها، وأقامها من نسجها، وأضافها إليها لتتبعها ثبوتاً ونقياً، وليحولها إلى مسؤولية مفترضة فى كل مكوناتها وعناصرها.

فلا تقوم الجريمة بها بناء على أفعال محددة فصلها المشرع (Material element)، ناهياً رئيس الحزب عن إتيانها بما لا غموض فيه، ولا على إرادته الواعية (Mental element)، التى تكل على توجهها وجهة إجرامية بذاتها، لبلوغ أغراض بعينها.

وإنما جعل المشرع مسؤولية رئيس التحرير دون غيرها، موطناً لمسؤولية رئيس الحزب، ودليلاً عليها، بل وبدلاً عن ثبوتها، تنهض معها وتزول بزوالها. بما يؤكد تضام هاتين المسؤوليتين، وأنهما فى حقيقتهما مسؤولية واحدة، هى تلك التى تقوم فى شأن رئيس التحرير، وحماً عليها.

سادساً: أن المسؤولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها إلا بناء على افتراض مؤدها، أن الصحيفة الحزبية زمامها بيده، يستقل بأمورها ويهيمن عليها، وأن إماماً وقع منه فى مجال تقييم ما ينشر بها. وهو افتراض لا يستقيم وطابع الأشياء، وتآبه العدالة الجنائية وبناهنس مقوماتها وقواعد إدارتها. وذلك من وجهين:

أولهما: أن هذا الافتراض يعنى ألا تنشر مائة فى الصحيفة الحزبية إلا بعد عرضها عليه، ليقوم بتقييمها وفقاً لمعايير ذكية يستقل بتقديرها ومراجعتها، ويعبر من خلالها عن توجهه الخاص، لينتقد بالصحيفة الحزبية محدداً إساءة ما ينشر فيها، ومن ثم يغدو اختصاص رئيس التحرير منعماً فى نطقها، وتصير مسؤوليته عنها لغواً.

وهو ما يناقض التنظيم العقابي القائم على أن مسؤولية رئيس التحرير وفقاً للنص المطعون فيه، هي الأصل، وإن إثباتها مؤداه أن تنهض معها -بقوة القانون- مسؤولية رئيس الحزب التي تنفرع عنها.

ثانيتهما: أن هذا الافتراض لو صح في رئيس الحزب، لكان مؤداه أن تقوم مسؤوليته الجنائية مستقلاً عن غيره، ولصار لازماً أن يتولى بنفسه مراقبة مادة النشر في كل جزئياتها، وأن يتخلى بذلك عن واجباته الحزبية التي تقتضيه العمل على أن يكون حزبه أعرض قلعة، وأكثر نفوذاً، وأبعد تطوراً، وأعمق فهماً لأمال أنصاره وطموحاتهم.

سابعاً: أن إبطال المحكمة الدستورية العليا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧، مؤداه تجريدها من قوة نفاذها، وزوال الآثار القانونية المترتبة عليها منذ إقرارها، وامتناع متابعة الاتهام الجنائي بمناسبة تطبيقها.

وكذلك فسم العلاقة التي فرضتها هذه الفقرة بين مسؤولية رئيس الحزب الجنائية، ومسؤولية رئيس التحرير، فلا يمتزجان أو يتضامان.

المطلب الثالث

قرائن قانونية مخالفة للدستور لخروجها على الأصل في الأشياء

فروع وحيد

مناط مسؤولية من يحرض للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان

٦٩٥- فصل القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها، الأحوال التي يقوم بها عوار مؤد إلى تلفها، ويكون مانعاً من تداولها، وقاطعاً بانتهاء صلاحيتها لاستهلاكها آدمياً، وهي أحوال حددها هذا القانون حصراً.

وإذ قدم أحد المتهمين إلى المحاكمة الجنائية لعرضه للبيع شيئاً فاسداً من أغذية الإنسان إلحوماً مع علمه بذلك؛ وكان المحضر الذي حرره مأمور الضبط القضائي يتضمن عرضه للبيع لهماً ذبح خارج المجزر العام، واعتبر لذلك غير صالح آدمياً للتناول، عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٢٥ من قرار وزير الزراعة رقم ٥١٧ لسنة ١٩٨٦؛ فقد طعن المتهم على هذه الفقرة طالباً الحكم بعدم دستورتها.

وقد أجازته المحكمة الدستورية العليا إلى طلبه، وقام حكمها في ذلك على مايلي:

أولاً: الأصل في الأغذية على اختلافها، هو خلوها من أمراضها؛ فلا تخرج عن طبيعتها لغير أمر عارض يصيبها في مكوناتها، بما يغير من تركيبها وخواصها الطبيعية. وهذا العارض ليس إلا صفة تطرأ عليها، ومن ثم يفترض تخلفه لا وجوده. إذ الأصل في كل صفة عارضة، هو العدم. ولا يجوز بالتالي أن يفترض للنصوص القانونية عوارضاً تنصل بالأغذية، ولقدّها صلاحية استهلاكها آدمياً، إذ يناقض هذا الافتراض الأصل فيها وهو سلامتها لا تعيبها. وهو أصل لا يجوز أن ينهدم إلا بدليل من الوسائل العلمية ذاتها يوفره أهل الخبرة.

ثانياً: إذ افترض المشرع بالنص المطعون فيه، أن عدم ختم أجزاء اللحوم التي يعرضها أصحابها للبيع، بخاتم المجزر العام، مؤداه تلفها ويقضى إعدامها؛ وكان هذا الافتراض مبناه قرينة قانونية أحل المشرع بمقتضاها واقعة عدم ختم أجزاء الذبائح بخاتم المجزر العام، محل واقعة قيام عارض بها تنتفي به صلاحية استهلاكها آدمياً وهي الواقعة التي كان يتحسّن أن يدور الدليل حولها لإثباتها أو نفيها - فإن القرينة التي لأحدثها المشرع في النطاق المتقدم، تكون مجافية لأصل خلو الأغذية جميعها من العوارض التي تعيبها.

وهي تحي كذلك السلطة القضائية عن اختصاصها المقرر في شأن التحقق من قيام كل جريمة تنصل في ثبوتها أو انتفاءها على ضوء أركانها التي حددها المشرع. فضلاً عن إعفائها للنياحة العامة من واجبيها في تقديم الدليل على وقوع الجريمة التي تدعيها، وإهداراً للحرية الشخصية التي اعتبرها الدستور حقاً طبيعياً^(١).

المطلب الرابع

قرائن قانونية مخالفة للدستور لتعنيها على الحق في الملكية

٦٩٦- كان المدعى في الخصومة الدستورية، قد لاقم دعواه الموضوعية أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ضد مصلحة دمج المصوغات والموازين، طالباً إلزامها بدمج المشغولات الذهبية التي كان قد قدمها لها، مع استعادته لدفع الرسوم المقررة عليها. ثم دفع

(١) انظر ذلك القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جملة ١٩٩٥/٥/٢٠ - قاعدة رقم ٤٣ - ص ٦٨٦

وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

بعدم دستورية المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة التي تنص على ما يأتي^(١):

<>إذا كانت المعادن وغيرها مما هو منصوص عليه فيه، ولردة من الخارج، فلا يجوز سحبها من الجمارك أو البريد، إلا إذا كانت منموجة بدمغة أجنبية معترف بصحتها وفقاً للمادة الثانية من هذا القانون.

فإذا قدمت إلى مصلحة دمع المصوغات والموازين مباشرة، وجب على مقدم هذه الأصناف إثبات دخولها البلاد بطريقة مشروعة.

فإذا لم يتم ذلك وجب على المصلحة قبل قيامها بفحصها وتحديد عيارها ودمغها، إبلاغ الأمر لجهات الاختصاص مع التحفظ على الأصناف المشار إليها، وإثبات شخصية مقدمها لحين التصرف فيها بمعرفة الجهات المذكورة<>.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون، أنه نظراً لورود مشغولات أجنبية من مواطنين مصريين إلى مصلحة دمع المصوغات والموازين لفحصها ودمغها مما يؤثر الشبهات حول مصدرها، ومما يحتمل معه "ارتكاب جريمة من جرائم التهريب الجمركي" لعدم ورودها من الخارج عن طريق الجمرك أو البريد، وحرصاً على الصالح العام، فقد نصت المادة ١٥ من المشروع على أنه يجب على المصلحة المذكورة إبلاغ جهات الاختصاص فوراً بذلك، مع التحفظ على كل ما يقدم إليها من هذا القبيل، وإثبات شخصية مقدمها، لحين التصرف فيها بمعرفة هذه الجهات.

٧٠٠- وقد قضى بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة، وذلك فيما تضمنه من النص على عدم دمع المعادن الثمينة والمشغولات والأصناف والأحجار التي تسرى عليها مادته الأولى، وللتصرف فيها بمعرفة جهات الاختصاص^(٢). وذلك تأسيساً على:

(١) حددت المادة الأولى من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ بشأن الرقابة على المعادن الثمينة- المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٧ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٤- المعادن الثمينة والمشغولات والأصناف والأحجار التي تسرى عليها أحكامه.

(٢) انظر في ذلك القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية دستورية- جلسة ١٩٩٧/٧/٥- قاعدة رقم ٤٨- ص ٧٣١ وما بعدها من الجزء ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

أولاً: أن القواعد الجوهرية التي تدار العجلة الجنائية على ضوئها، لا يجوز تطبيقها إخلالاً بالأغراض النهائية للقوانين الجزائية، التي ينفقها أن يدان المتهمون بغير جريمة، أو وفق أدلة لا تحيل محكمة الموضوع بصرها فيها، ولا تبلغ منها قوة الإقناع التي تضمّن معها إلى نسبة الجريمة لفاعلها.

ثانياً: أن اختصاص السلطة التشريعية في مجال إنشاء الجرائم وتحديد عقوباتها، لا يخلوها التداخل في المجال الجنائي لفرض قرائن قانونية تنفصل عن واقعها، ولا تربطها علاقة منطقية بالنتائج التي رتبها عليها. إذ لا يحو ذلك منها، أن يكون إخلالاً لإرادتها محل السلطة القضائية، لتتجنبها عن وظائفها الأصلية في تحقيق الدعوى الجنائية وتقدير أدلتها في شأن جريمة بذاتها لا بتصور إسنادها لفاعلها إلا بعد توافر ركنيها بالشروط التي تطلبها المشرع فيهما.

ثالثاً: أن النص للمطعون فيه، مؤداه أن التقدم مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة بمشغولات ذهبية لفحصها وتحديد عيارها ودمغها، يفترض دخولها إلى مصر عن غير طريق البريد أو المنافذ الجمركية. وهو ما يعنى تهريبها إليها. حال أن تقديمها مباشرة إلى الجهة الإدارية المختصة من أجل دمجها، لا يفيد بالضرورة عبورها الحدود الإقليمية لجمهورية مصر العربية عن غير طريق منافذها التي ترصد في محيطها البضائع الواردة، وتقدر مكوسها.

كذلك فإن عدم تقديم حائزها الدليل على دخولها إلى مصر بطريق مشروع، لا يفيد سبق تهريبها، بنشاط أتاها، ولا علمه بتهريبها لو أن غيره كان مسئولاً جنائياً عن التنازل على النظم الجمركية المعمول بها.

ذلك أن المعدن الثمينة، شأنها شأن غيرها من البضائع الواردة، تحكمها قاعدة مبدئية مفادها أن البضائع التي يتم التعامل فيها فيما وراء الحدود الخارجية للدوائر الجمركية، يفترض مرورها عبرها، وتحصيل مكوسها أثناء وجودها في نطاقها، ثم خروجها منها بعد استيفائها لإجراءاتها.

ويؤيد ذلك أن جريمة التهريب الجمركي من الجرائم العمدية التي لا يجوز افتراضها، ولا تتوافر أركانها إلا بإرادة ارتكابها. ولا تعتبر الشبهة التي تحيطها، عملاً مادياً أتاها جان، ولا اتهاماً جنائياً تتسائد فيه القرائن، بل تصوراً راجحاً أو مرجوحاً، وهي بذلك إلى الظن أنخل،

وإلى التوهم أنني، ومن اليقين أبعد. ولا محل بالتالي لإسنادها إلى من يتعاملون في بضائع فيما وراء الحدود الخارجية للدائرة الجمركية. ذلك أن نقلها بعد خروجها منها، وكذلك حيازتها ممن لا يقوم الدليل على اتصافهم بتهريبها، عمل جائز قانوناً. والقول باحتمال أن يكون حائزها عندئذ مهرياً، ادعاء بلا دليل، لا ينقض لفترض البراءة، ولا يجهض ما هو مفترض من سبق أداء مكوسها.

رابعاً: أن أصل البراءة مفترض في كل منهم، فلا يجوز أن يهدم إلا بدليل جازم مستبطن من عيون الأوراق وبموافق الحق، وعن بصر وبصيرة.

وإذ كان أصل البراءة يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، ولا يتعلق بطبيعة أو خطورة الجريمة موضوعها، ولا بنوع أو قدر عقوبتها؛ وكان هذا الأصل ينبسط على الدعوى الجنائية حتى خلال المراحل التي تسبقها وتؤثر فيها؛ وكان النص المطعون فيه قد أجاز فرض قيود في شأن المعادن الثمينة مؤداها غل يد حائزيها -الذين لا يقيمون الدليل على دخولها إلى مصر بطريق مشروع- عن تداولها سواء من خلال تحفظ جهات الاختصاص عليها، أو بمنعها أصحابها من التعامل فيها؛ وكان المفترض في هؤلاء الحائزين، أنهم أسوأها استصحاباً لأصل براعتهم، شأنهم في ذلك شأن غيرهم من المواطنين الذين يظلمهم جميعاً هذا الأصل، فلا ينقض إلا بحكم يكون باتاً؛ فإن النص المطعون فيه، يكون بذلك متضمناً تمييزاً غير مبرر بين أولئك وهؤلاء، ومخالفاً بالتالي لنص المادة ٤٠ من الدستور.

خامساً: أن الدستور -إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة، وتوكيداً لإسهامها في صون الأمن الاجتماعي- كفل حمايتها لكل فرد -وطنياً كان أم أجنبياً- ولم يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء، وفي الحدود التي يقتضيها تنظيمها، باعتبارها عائلة- في الأعم من الأحوال- إلى جهد صاحبها، بذل من أجلها الوقت والعرق والمال، وحرص بالعمل المتواصل على إنمائها، وأحاطها بما قدره ضرورياً لصونها.

سادساً: أن السلطة التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الملكية لضبطها وفقاً لوظيفتها الاجتماعية، حددها قواعد الدستور؛ فلا يجوز أن ينال المشرع من عناصرها؛ ولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها؛ ولا أن يفصلها عن أجزائها أو يدمر أصلها؛ أو يقبض من مباشرة الحقوق التي تنفرع عنها في غير ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية. ودون ذلك تفقد الملكية الخاصة ضماناتها الجوهرية التي كفلها الدستور بالمادتين ٣٢ و٣٤، ويكون العدوان عليها غصباً واقتلاً على كيانها، أدخل إلى مصادرها.

سابعاً: أن القيود التي فرضها للنص المطعون فيه على أموال المخاطبين بأحكامه، ليس مدخلها الاتفاق، بل مصدرها نص القانون. وهي بعد لا تقتصر على حرمانهم من إدارة أموالهم، بل تمتدّها إلى منعهم من التعامل فيها.

وفي كل ذلك تتلّ هذه القيود من ملكيتهم، ونقوض أهم خصائصها، لتكون حسي مضمونها وأثرها- صورة من صور الحراسة يفرضها المشرع عليها بعيداً عن صدور حكم قضائي بها- بالمخالفة لنص المادة ٣٤ من الدستور التي تنص أن تكون الملكية لأصحابها يباشرون عليها كل الحقوق المنفردة عنها، لتظلّ أيديهم متصلة بها، لا تغل عنها، ولا ترد عن حفظها وإدارتها بل يحيط نووها بها، وبأشكال من التعامل يتدرون ملائمة للدخول فيها؛ وكان هذان الإجراءان -هما التحفظ على المشغولات الذهبية إلى أن تباشر جهة الاختصاص تصرفها فيها- مترتبين على افتراض المشرع تهريبها، وينتهيان إلى غل يد مالكها عن إدارتها والتعامل فيها، فإنهما بذلك يمثلان عدواناً على الملكية الخاصة التي كفل الدستور صونها.

الفصل الثالث

امتناع الإخلال بالحقوق

التي كفلها الدستور للمشبهين والمتهمين

المبحث الأول

ضمان الحق في الحصول على مشورة محام^(١)

٦٩٧- ثمة روابط حقيقية وأصيلة بين حق المتهم في الاستماع إليه، وبين أن يتم هذا الاستماع عن طريق محاميه في وجوده. ويتعين بالتالي أن يوفر المشرع الفرص الحقيقية التي يؤمن بها محاميا يتولى الدفاع عن المتهم.

فإذا كان المتهم من المعوزين الذين لا يملكون مالا كافيا يدفعونه أتعابا لمحاميهم، فإن على المحكمة أن توفر لهم محامين يندبون من قبلها Appointed Counsel للدفاع عنهم^(٢) وسواء كان المحامي معينا أو مأجورا^(٣)، فإن الحق في الحصول على مشورة محام يعتبر صمام أمن يكفل لكل متهم ضمانا للحق في الحياة، وفي الحرية، وفي الملكية. وبدونه لن تتحقق العدالة مفاهيمها أو متطلباتها. ولا يجوز بالتالي أن توفره المحكمة في زمن دون آخر، أو في أوضاع غير ملائمة يعجز معها المتهم عن مواجهة التهمة بطريقة فعالة.

ذلك أن المتهمين يكونون عادة من أوساط الناس الذين لا يدركون الحقائق القانونية الكافية التي تعينهم على مواجهة الاتهام. فإذا أدركوها في بعض جوانبها، فإن معرفتهم بها تكون قاصرة لا تؤولهم لإعداد دفاع مقدر، وعلى الأخص بالنظر إلى تعقد بعض صور الاتهام أو خفاء جوانبها أو تشابكها، أو حتى اضطرابها، فلا يستقيم فهمها لغير رجال القانون الأعمق خبرة. وما لم يسقط المتهم حقه في الحصول على مشورة محام عن بصر وبصيرة Competently and intelligently waived، فإن هذا الحق يظل قائما.

ذلك أن أقل الأضرار مساسا بالحرية الشخصية، شأنها شأن أسوأها وقعا عليها. كلاهما ينال من مركز المتهم بين أهله، وفي إطار الجماعة التي هو من أفرادها.

ولا يجوز كذلك ربط ضمانات الدفاع بالأوضاع الخاصة التي تحيط ببعض الجرائم، وحجبها بالتالي عن سواها. إذ لو صح هذا النظر لصار إعمال هذه الضمانة أو رفعها، عملا

(١) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

(٢) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

انتقاليا قائما على التحكم، وعلى نوع من التقييم لأهمية أو لضرورة الدفاع في دعوى بذاتها. وهو ما ينحل تقديرا شخصيا من المحكمة في مسألة لا شأن لها بها، بحكم اتصالها المباشر بالحق في استعمال هذه الضمانة أو إسقاطها، وهو حق يختص به المتهم دون غيره.

٦٩٨- ومن المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن الناس لا يتمايزون فيما بينهم في مجال اللجوء إلى قاضيه الطبيعي؛ ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عينا؛ ولا في فعالية ضمانة الدفاع التي يكفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي يدعونها؛ ولا في اقتضاها وفق مقاييس موحدة عند تولف شروط طلبها؛ ولا في طرق الطعن التي تنتظمها. بل يجب أن يكون للحقوق عينا، قواعد موحدة، سواء في مجال التنازع بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استثناءها، أو الطعن في الأحكام التي تتعلق بها.

وضمنة الدفاع مطلوبة في المسائل المدنية والجنائية، ولكنها أكثر وجوبا في المسائل الجنائية. ذلك أن الوسائل التي تملكها سلطة الاتهام في مجال إثباتها للجريمة تدعها مولود ضخمة يقصر المتهم عنها؛ ولا يوازنها إلا افتراض البراءة مقرونا بدفاع مقدر، لضمان ألا يدان منهم عن جريمة اتهم بارتكابها، ما لم يكن الدليل عليها مبرراً من كل شبهة لها أساسها.

ولا يجوز بالتالي إسباغ الشريعة الدستورية على نصوص عقابية لا تتكافأ معها وسائل الدفاع التي ألتاحتها لكل من سلطة الاتهام ومتهمها. فلا تتعادل أسلحتهم بشأن إثباتها ونفيها.

٦٩٩- وما نص عليه الدستور في المادة ٦٨ من ضمان حق الدفاع سواء من خلال الأضلاع فيه أو عن طريق موكلهم- يفترض ألا يكون دور المحامين شكليا أو رمزيا، بل فاعلا، فلا يعاق.

ذلك أن الدستور كفّل الحرية للشخصية واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها من خلال تنظيمها. وتفرض القوانين الجزائية على هذه الحرية أكثر القيود وأبلغها خطراً. ويتعين بالتالي أن تكون ضمانة الدفاع أداة موازنة هذه الحرية بالقيود علوها، حتى لا تراق الحرية للشخصية من خلال نظم جائرة لا تكفل لها الحد الأدنى من ضماناتها.

ويؤيد ما تقدم، أن المتهمين من أوساط الناس Laymen يختلفون في فهمهم للقانون عن المحامين المدربين الذين يرتبون حججهم وأوجه دفاعهم، ويقفون على ما نقص في أوراق التحقيق، وعلى أوجه اضطرابها، ويدركون كذلك تنقض شهود الجريمة في أقوالهم، أو تلونهم خوفا من السلطة أو تحاملهم على المتهم بالنظر إلى خصائص الجريمة التي ارتكبها أو كرد فعل لتقبل الجماهير لها أو غضبيهم منها، أو اضغاثن سابقة أو لمصلحة يرجونها.

كذلك ينفذ المحامون إلى كل ثغرة في النصوص القانونية ذاتها، ويفيدون من كل حق مقرر بها، ويناقشون أوضاع الجريمة وظروفها خاصة للمخففة منها، ويقدمون من أوجه الدفاع أكفها لمصلحة المتهم، ومن الأعذار ما يظنون به من سوء الجريمة^(١)، ويعرضون نقاء سريرة المتهم وحسن ماضيه قبل ارتكابها، ويقفون على بطلان كل دليل يثبتها.

إذا لم يمثل محام للدفاع عن المتهم، تضر القول بأن دعواه تم عرضها بصورة ملائمة.

وكثيرا ما يبدو المتهمون للذين يتولون الدفاع عن أنفسهم، وكأنهم مدانون، فلا يكون حضور محامين عنهم غير ضمان للحرية المنظمة، وضرورة تقتضيها حقائق العدل؛ واجبا لا ترفا، ويؤيده أن الدولة تعين أعضاء النيابة للدفاع عن مصلحة مجتمعها في القصاص من الجناة. والمتهمون يكلفون محامين يدفعون أتعابهم، بالدفاع عنهم. وهؤلاء وهؤلاء لا تقوم بدورهم محاكمة منصفة في كافة الدول المتحضرة، ويقفون أمام القانون متكافئين في الحقوق. وإلى جانبهم المحامون الذين تعينهم المحكمة للمعوزين من المتهمين^(٢)، ليسل هذا الفريق المتعدد العناصر في إطار منظومة متكاملة غايتها أن تكون الحقيقة -رعي الأكل في صورتها- الراجعة -مدخلا للحكم الصادر في الجريمة، سواء ببلثائها أو نفيها.

وبغير المحامين فإن مخاطرات الإخلال بالحرية الشخصية وبالحق في الحياة التي يتهدد بها المتهمون بجناية، تكون وخيمة عواقبها.

ويتعين بالتالي التمييز بين الجرائم التافهة Petty offences التي لا يشترط وجود محام فيها؛ وبين الجرائم الخطيرة Non-petty offences التي يكون تقييد الحرية الشخصية فيها أو الحكم بغرامة كبيرة في شأنها، احتمالا راجحا بفض النظر عن نوع العقوبة أو المدة المقررة لها في قانون الجريمة^(٣).

ولئن صح القول بأن جرائم المرور تدخل في إطار الجرائم التافهة، إلا أن الجرائم الخلقية جميعها كالسرقة وخيانة الأمانة، ومواقعة امرأة بالقوة، وخطفها، وجرائم الإخلال بالعرض بوجه عام، تعتبر جرائم خطيرة يتعين حضور محام فيها عن المتهمين بها.

(١) قتل رجل امرأة، فإن المحامي قد يتمسك أمام المحكمة بأن قتلها كان اندفاعا عاطفيا غلب المتهم على أمره.

(٢) Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 355 (1963).

(٣) Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972).

بقرار الحكم الصادر في هذه القضية، أن الجرائم البسيطة التي لا تقيد فيها الحرية الشخصية أو التي تكون الغرامة المقررة لها تافهة، لا تستوجب حضور محام.

بل إن حضور محام في هذا النوع من الجرائم، يعتبر أكثر أهمية من محاكمتهم أمام هيئة محلفين^(١).

وللمعوزين كذلك الذين يرغبون في الطعن استئنافيا علي الحكم الصادر ضدهم، حق في الحصول من الدولة -علي نفقتها- علي كافة أوراق الحكم المطعون فيه ومحاضر جلساته التي تعينهم علي إعداد الطعن، ذلك أن مساواتهم بالقادرين لا يجوز أن تختل بناء علي الثروة التي يملكها كل فريق منهم^(٢).

كذلك فإن تكافؤ الفريقين في الحقوق يقتضي أن يكون لكليهما حق في الحصول علي عون محام يعمل جاهدا علي هدم الحكم المطعون فيه، ويسقط بالتالي العقوبة التي قضى بها. فضلا عن أن حضور المحامي، يعتبر حقا في المرحلة الحرجة الواقعة بين القبض علي المتهم واتهامه فعلا. وحق المتهمين في ذلك حق مطلق، وعلي الأخص أثناء استجوابهم من قبل الشرطة. بل إن حضور المحامين عنهم أو معهم، يعتبر إجراء فعالا وملتما لحمل رجال الشرطة علي الانصياع في تصرفاتهم لحكم الدستور والقانون^(٣).

وعلي القائمين بالتحقيق أن يخطروا الأشخاص الذين يشتبهون فيهم، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين إلي أن يحضر محام يمثلهم، وعلي الأخص خلال استجوابهم ليس فقط عن طريق الأسئلة التي يوجهها إليهم رجال الشرطة؛ وإنما كذلك من خلال غيرها من الوسائل التي تنتزع اعترافهم، والتي يعرفون أو ينبغي عليهم عقلا أن يطموا بأدائها علي الأرجح تحميلهم علي الإدلاء بأقوال كذبهم^(٤).

٧٠٠- ولئن كان للمشرع حق تحديد القواعد الإجرائية التي تفصل المحكمة علي ضونها في الاتهام؛ وأن يغير كذلك في صورها على ضوء الأوضاع التي تواجهها، والأشخاص الذين تنطبق عليهم، ووقائعها التي تنطبق بها؛ إلا أن شرط هذا لتحديد أو التغيير، ألا يكون متنبها إلى تمييز غير مبرر بين المخاطبين بها، ولا إلى التفريق بينهم في ضماناتهم، وعلي الأخص تلك التي تنطبق بحقوق الدفاع.

ذلك أن كل قاعدة إجرائية ينظم بها المشرع الفصل في الاتهام الجنائي، ينبغي أن تؤمن لكل منهم، ما يتصل بها من الحقوق الموضوعية التي يحرر بها من طغيان السلطة، أو إساءة استعمالها.

(١) Scott v. Illinois, 440 U.S. 367 (1979).

(٢) Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956).

(٣) Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

(٤) Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980).

وليس ثمة قاعدة أكثر ثباتاً وأعمق جذوراً من ضرورة أن يكون الاتهام الجنائي معروفاً بالتهمة بصورة كافية، وأن يبين أدلتها، فلا يخفيها أحد عن المتهم المقصود بها؛ وأن يتوافر لكل منهم الفرص للمعقولة التي يعرض من خلالها وجهة نظره في شأن الجريمة العالقة به. وإذا كان من غير المقبول دستورياً، أن يذنب شخص عن جريمة لم يتهم بارتكابها؛ فإن المبدأ الكامن وراء هذه القاعدة، يعمل بالقوة ذاتها في شأن كل اتهام بلا دفاع.

٧٠١- وصار حق الدفاع وثيق الصلة بالخصومة الجنائية من ناحية تجلية جوانبها. وتصحيح إجراءاتها ومتابعتها، وعرض الجريمة التي بمسئلتها الاتهام من جهة توافق الادعاء بارتكابها مع المنطق، أو توافر نموذجها وفقاً للقانون. والدفاع بذلك يعمل دأباً على بيان وجه الحق في الجريمة المدعى بها؛ متنبهاً كل حجة تطرحها سلطة الاتهام لإثباتها؛ متقصياً أدلتها على ضوء جوازها قانوناً، وإمكان الاستدلال عقلاً بها؛ مفاضلاً بين بدائل متعددة يقرر على ضوئها خطوط الدفاع عن المتهم، مع دعمها بما يكون لازماً من الأوراق؛ متخذاً في ذلك طرائق مختلفة، تتحدد أولوياتها على ضوء أوضاع الخصومة الجنائية، ومراحل سيرها، ومفاجأتها؛ مهتلاً كل الفرص التي يدعم من خلالها مركز المتهم ويقويه، وعلى الأخص كلما كان الاتهام الجنائي متعدد العناصر ومتشابكاً، تتداخل فيه نقاط قانونية. بالغة التعقيد لا يحيط بها غير رجال القانون في أعرق خبراتهم.

والدفاع في كل ذلك، لا يكون فعالاً بغير مهلة معقولة لإعداده؛ ولا منتجاً بغير إنباء للمتهم بالشهود والوثائق التي أعدتها سلطة الاتهام للتكليف على الجريمة وإثباتها؛ ولا مفيداً إذا لم يكن الحق في مناقشتهم، ثابتاً؛ ولا جدياً إذا لم يستطع الدفاع - من خلال وسائل إجرائية إلزامية - أن يؤمن لمصلحة المتهم للشهود الذين ينفون الجريمة، وينتقونهم وفق اختياره أياً كان موقعهم من الجهة التي يعملون بها؛ ولا صائباً إذا حرم الدفاع من الاطلاع على كافة الأوراق التي تعضد بها النيابة موقفها من المتهم؛ ولا عدلاً إذا عزل المتهم عن الاتصال بمحاميه، سواء حرم من الاتصال به - بطريق مباشر أو غير مباشر - في مرحلة الفصل في التهمة، أو قبلها، أو عند الطعن في الحكم الصادر فيها.

بل إن حق الدفاع يكون غائباً إذا انحصر في مرحلة الخصومة الجنائية، دون مراحل التحقيق التي تسبقها، والتي يكون المتهم أثناءها متخوفاً من بأس السلطة ويطشها، ومحتالها للتأثير في تماسكه، وكأن يبدأ أن تراجعها فيما تفعل، أو تعارض تصرفها المناقض للقانون، خاصة وأن أمر التحقيق لا يتطرق بجريمة قام الدليل عليها، وإنما بجريمة لازال الغموض يحيط بمرتكبها وبظروفها وبيئاتها. فلا يكون المائلون في التحقيق غير مشتبهن. يلاحقهم

القائمون بالتحقيق بأسئلتهم ويتحفظون عليهم بما يقيد حريتهم الشخصية. وقد يسمونهم عذبا لا قبل لهم به، أو يعرضونهم لضغوط لا يقوون على احتمالها فتتهلر إرادتهم.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن «ضمانة الدفاع يقتضيها أن حضور محام عن المتهم، أو معه، كثيراً ما يكون ضرورياً كرداع لرجال السلطة العامة، إذا ما عمدوا إلى مخالفة القانون، مطمئنين إلى غفوة الرقابة عليهم أو غيابها.

ومن ثم لا تقتصر القيمة العملية لضمانة الدفاع على مرحلة للمحاكمة وحدها، وإنما تمتد مظلتها كذلك -وما يتصل بها من أوجه الحماية- إلى المرحلة السابقة عليها، والتي تؤثر إجراءاتها في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية بعد تحريكها، وبوجه خاص كلما أثر قبل رفعها بما يبدنه عن طريق الإغواء أو الخداع؛ أو تعرض لوسائل قسرية لحمله على الإدلاء بأقوال تناقض مصلحته، بعد انتزاعه من محيطه؛ وتقيد حريته على وجه أو على آخر.

وهو ما حدا بالمستور إلى أن يخلو بنص المادة ٧١ كل من قبض عليه أو اعتقل، حق الاتصال بغيره كي يبلغه بما وقع، أو للاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون، بما يعطيه ذلك من ضمان حق في الحصول على المشورة القانونية التي يطلبها ممن يختاره من المحامين.

وهي مشورة لا غنى عنها لأنها توفر لمن يحصل عليها سباجاً من الثقة والاطمئنان، فلا يفرغ من جهة التحقيق، ولا من أية جهة أخرى غيرها يكون في قبضتها.

ذلك أن هذه المشورة هي يد محاميه التي يقدمها إليه ليقبل الشبهة الإجرامية التي أحاطت به، وتقيت حريته للشخصية. ويقتضى دفعها، ألا يعزل المتهم عن الاتصال بمحاميه بما يسى إلى مركزه، سواء كان ذلك أثناء التحقيق الابتدائي أو قبله. ذلك أن الحق في الحصول على معونة محام The right to the aid of counsel من الحقوق الجوهرية التي يناقض الإخلال بها شرط للوسائل القانونية السلمية، وعلى الأخص إذا أحق الخطر بحياة المتهم وكان جاهلاً أمياً صغير السن أحاط به جهود عدائي، وكان وجود أصفائه وأفراد عائلته الذين عزل عنهم، ضرورياً.

فضلاً عن أن المتهم بجناية، غالباً ما يكون مضطرباً، قلقاً على مصيره، إذا أساء عرض دفاعه، أو أعوزته الحجة القانونية الملائمة، بما يهدد حريته الشخصية بأكثر القيود عليها خطراً. وهو ما حرص نص المادة ٢/٦٨ من الدستور على توقيه بما قرره من أن يكون لكل متهم بجناية محام يدير دفاعه ويوجهه بما يصون حقوقه. فإذا لم يكن المحامي -معيناً أو

مأجوراً -مثلاً مع المتهم، فإنه قد يدلن بناء على قرائن غير متضاربة، أو على ضوء أدلة متوافقة، أو لا يجوز قبولها، أو لا شأن لها -في مضمونها- بالجريمة المدعى ارتكابها^(١).

وكما أصر المتهم علي أن يكون محاميه مثلاً وقت استجوابه، فإن هذا الإجراء يصير موقوفاً حتى حضوره، ما لم يبادر للمتهم طواعية إلى الرد علي أسئلتهم قبل وصول محاميه^(٢). وكما زرع رجال الشرطة بعناية مخبرين في زنائن من يشتبهون فيهم توصلوا للحصول منهم علي أقوال تدينهم قبل محاكمتهم، اعتبر ذلك إخلالاً بشرط الوسائل القانونية السليمة إذا حصل للمخبرون علي هذه الأقوال بالخداع، فإذا كانوا قد تحصلوا بطريقة عرضية علي بعض ملاحظاتهم في شأن الجريمة Unsolicited Remarks، جاز الأخذ بها^(٣).

المطلب الأول

فعالية المعونة التي يقدمها المحامي: شرط مشروعيتها

٧٠٢- وحق المتهم في الحصول علي محام في الجرائم الخطيرة، ليس حقاً رمزياً دائراً في فراغ، ولا هو شكلية نطلبها وإنما جوهره تلك المعونة الفعالة التي يتوقعها المتهم من محاميه وفق مستوياتها التي تكفلها أصول مهنة المحاماة.

The right to counsel, is the right to the effective assistance of counsel.

ويعتبر إخلالاً بهذا الحق ليس فقط مجرد تدخل السلطة بوسائل مختلفة لمصادرة حق محامي المتهم في الاتصال بموكله، أو لحمله علي أن يقدم دفاعاً غير ملائم. وإنما كذلك إذا أضرب الدفاع بصورة خطيرة بمركز المتهم، سواء تحقق هذا الضرر أثناء التحقيق، أو في مرحلة المحاكمة ذاتها^(٤).

وليس كافياً لجحد فعالية دور محام، مجرد أن يكون قد أخطأ، وإنما يتعين أن يكون هذا الخطأ منافياً الضوابط المعقولة التي تفترضها أصول هذه المهنة فيمن يتولونها

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية "مستورية" - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٢٤٧ من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

Powell v. Alabama 287 U.S. 45 (1932)

- انظر إلى

(٢) Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981), Oregon v. Bradshaw, 462 U.S. 1039 (1983).

(٣) United States v. Henry, 447 U.S. 264 (1980); Maine v. Moulton, 474 U.S. 159 (1985).

(٤) Geders v. United States, 425 U.S. 80 (1976).

Reasonableness under prevailing professional norms. ويفترض أصلاً قيام المحامي بمهامه هذه، ما لم ينقض هذا الافتراض بدليل^(١).

٧٠٣- ولا تتحقق فعالية المعونة التي يقدمها المحامي للمتهم، بمجرد حضوره. وليس لمحام كذلك أن يمثل متهمين تتعارض مصالحهم^(٢). ذلك أن هذا التعارض قد يمنع محامياً من الطعن لمصلحة أحد المتهمين بعدم جواز قبول دليل معين، إذا كان قبول هذا الدليل مفيداً أو مجزياً لغيره من المتهمين. كذلك لا يتكافأ دور المتهمين في الجريمة. فإذا أراد محام أن يقلص دور أحدهم، كان عليه أن يلقى باللائمة على غيره بالنظر إلى دوره الأكبر فيها. وبظل واجباً على المحكمة -إذا أثار محام أمامها موضوع التعارض للمحتمل بين مصالح المتهمين المائلين أمامها- أن تحققة بنفسها. فإذا تبين لها أن وجود هذا التعارض بعيد الاحتمال، نحت جانباً، وإلا كان عليها أن تأذن لو أن تعين محامياً مستقلاً^(٣).

ولا ينال من فعالية المعونة التي يقدمها المحامي، خطأ في تحصيل واقعة الجريمة أو في بيان حكم القانون بشأنها، كلما كان هذا الخطأ غير جسيم Ordinary error. ولا يجوز كذلك نقض الحكم الصادر في الاتهام بناء على هذا الخطأ.

ويتعين دوماً تقييم فعالية المحامين في أداء واجبهم على ضوء سلوكهم. فإذا برهن المتهم على أن محاميه أتي خطأ جسيماً A serious error أثناء محاكمته بما يثير شكوكاً خطيرة حول إنصافها ومصداقية النهلية، كان الحكم الصادر فيها معيباً^(٤). ولا كذلك خطأ محاميه إذا كان غير ذي أثر على قضاء الحكم، وهو ما يتحقق إذا كان الحكم مجرد تطبيق صحيح لحكم القانون على ضوء أوراق الخصومة للقضائية ولدلتها.

وتفترض معقولة أداء المحامي لواجباته، ما لم يقد دليل على عكسها^(٥). ويتحقق هذا الدليل إذا أنزلق الدفاع إلى أخطاء جسيمة يكون من أثرها إنكار حق المتهم في محاكمة منصفة^(٦). كأن يطعن المحامي في الحكم الصادر ضد موكله بعد فوات ميعاد الطعن^(٧). ولا كذلك أن يكون محاميه قد أعد الدفاع خلال فترة قصيرة، أو ألا يكون من الخبراء البارزين في

(١) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

(٢) Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

(٣) Holloway v. Sullivan 44.6 U.S. 335 (1980).

(٤) Mann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

(٥) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984) at 689.

(٦) United States v. Cronin, 466 U.S. 648 (1984).

(٧) Evitts v. Lucey, 469 U.S. 387 (1985).

القانون الجنائي. وإنما يكفي أن يعد الدفاع -سواء كان محامياً معيناً أو مأجوراً- Appointed or retained على وجه ملائم، لتكون يده مرشدة لموكله Guiding Hand.

ويفترض ذلك إخطار المتهم بالتهمة وسماع أقواله في شأنها، بوصفهما جوهر للنظم الاختصاصية للعدالة الجنائية، ولأنهما معاً خطوتان ضروريتان لإصدار حكم في شأن الاتهام يكون قابلاً للتنفيذ. وتكملهما خطوة ثالثة تقتضي نظر الاتهام عن طريق محكمة لها ولاية الفصل فيه، ولها من ضماناتها ما يكتل استقلالها وحيديتها.

المطلب الثاني

وجوب سماع المتهم عن طريق محاميه

٧٠٤- وسماع المتهم عن طريق محاميه يعطي كل قيمة للحق في الدفاع. فالتواعد المتعلقة بالشهادة السماعية، وبالقصص الجنائي، تكاد تكون مظلة على غير المحامين. وحتى المبتكثون منهم أفضل من أحاد الناس الذين لا يفلتون إلى الحقائق القانونية، ولو أحاطوا بقدر غير قليل من الثقافة. فإذا مثل للمتهم أحد من العوام، قصر فهمه عن أن يحيط بعناصر الخطأ في قرار الاتهام، وبأنواع الأدلة التي يجوز قبولها، وبوسائل مناقشتها ودفعها، حتي بافترض صحتها، واتصالها بالخصومة الجنائية وإنتاجها في إثباتها.

ويغير إرشاد محاميه، قد يدان منهم لم يسهم بشئ في الجريمة^(١). وفي ذلك إهدار لشرط الوسائل القانونية السلمية بمعناها في المستور. وهو شرط يناهض كذلك تعرض الأبرياء لمخاطر إدانتهم بصورة متزايدة إذا كانوا فقراء لا يملكون قوتهم، ولا يستطيعون بالتالي توكيل محام عنهم. بل إن حرمانهم من هذا الحق في الجرائم الخطيرة، يصدم حقائق العدل في مفهومها الشامل The Universal sense of justice. وصار هذا الحق ماريأ في الدول الفيدرالية حتي دخل ولاياتها.

وهذه الحقيقة الواضحة التي يتكافأ الفقراء والأثرياء في مجال الحصول على محام يعاونهم في مواجهة الاتهام، تفرض نفسها على كل محكمة يعتبر إنصافاً منخلأ لصحتها. وصار هذا الحق بالتالي من الحقوق الجوهرية A fundamental right التي لا يجوز أن تجردها أية محكمة على المتهم بما يخل بحقه في الحياة، أو في الحرية أو في الملكية، مالم يكن هو قد نزل اختياراً عن هذا الحق بعد إدراكه لأبعاده من كفاية لوجهها.

The intelligent choice of the defendant.

(١) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932) at 68-69.

ومثل هذا النزول لا يفترض، وإنما يتعين على المحكمة أن تقرره نفسها قبل أن تنتظر الدعوى الجنائية أو توالي نظرها.

٧٠٥- وابتهاج الدساتير المصرية لهذا الخط العلم، مرده أن التفریط في ضمانات الدفاع يقارنها بالضرورة ضياع العدالة ذاتها. ويفترض ذلك أن يكون المتهم قد قبل بمحاميه، سواء كان مأجوراً أو معيناً^(١).

ويتعين بالتالي أن توفر المحكمة لكل متهم الفرصة الكافية لاستخدام محام بأجر. فإذا كان معسراً، كان على الدولة أن توفر محامياً من مواردها يولجّه الجنائية التي اتهم بارتكابها.

وهو يقبل محاميه ما لم يعترض على تمثيله له بناء على أسباب مقنعة. بل إن حق المتهم في اختيار محام في الدول الفيدرالية، يخوله أن يطلب عون محاميه أمام المحكمة الفيدرالية التي تقاضيه، ولو لم يكن مقيداً في جدول المحامين بالولاية التي تتخذها هذه المحكمة مقراً لها.

المطلب الثالث

نطاق تطبيق ضمانات الدفاع

٧٠٦- وتكفل دساتير الدول المختلفة ضمانات الدفاع لكل متهم في الجرائم الخطيرة. ذلك أن هذه الضمانات هي التي توفر لكل متهم الدفاع الملائم، وعلى الأخص إذا كان الاتهام معقداً متداخلاً للعناصر، وكان تحيز المحكمة ضد المتهم، ظاهرة^(٢).

ومن ذلك ما ينص عليه التحديل السادس للدستور الأمريكي [١٧٩١] من وجوب أن يحاط المتهم بطبيعة التهمة وسببها *The nature and cause of the accusation*؛ وأن يولجّه الشهود الذين يشهدون ضده، وأن يأتي بشهود لمصلحته من خلال وسائل جبرية، وأن يحصل على عون محام.

وتنص المادة ١٠٣/١ من القانون الأساسي لجمهورية ألمانيا الفيدرالية [٢٢مايو ١٩٤٩] على أن لكل فرد حقاً في الاستماع إليه أمام المحاكم، ووفقاً لإجراءاتها القانونية. وتقضى المادة ٢٤ من دستور الجمهورية الإيطالية [١٩٤٧/١٢/٢٧] على أن 'حق اللجوء إلى القضاء مخول للناس جميعهم، وذلك من أجل الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم المشروعة. ولا يجوز الإخلال بحق الدفاع في أية مرحلة إجرائية من مراحل التقاضي. وتقرر نظم خاصة القواعد

(١) Faretta v. California, 422 U.S. 806 at 832-833 (1976).

(٢) Towsend v. Burke, 334 U.S. 736 (1948); Plamer v. Ashe, 342 U.S. 134 1951.

التي تكفل لكل المعوزين وسائل اللجوء إلى المحاكم جميعها، والدفاع عن حقوقهم أمامها. وينظم القانون شروط ولوائح مساعلة السلطة القضائية عن أخطائها^(١).

وعملاً بنص المادة ٢/٤٨ من دستور روسيا الفيدرالية^(٢)، يكون لكل شخص قبض أو تم التحفظ عليه، أو اتهم بجريمة، حق في الحصول على مشورة محام، وذلك اعتباراً من لحظة القبض أو التحفظ أو توجيه الاتهام.

وتفترض المادة ٤٩ من هذا الدستور براءة كل شخص اتهم بجريمة، ما لم يكن قد أدین بسببها بعد التدليل عليها وفقاً للقانون؛ ويمرعاة أن براءة المتهم من الاتهام الجنائي، لا يجوز إثباتها بنشر حكم قضائي حاز قوة الأمر المقضي.

وفي مصر، نظم الدستور حق النفاذ، كضمانة أولية غايتها صون الحرية الشخصية وتأمين الحقوق والحريات جميعها، سواء في ذلك تلك التي نص عليها الدستور، أو التي كفلها المشرع.

وجاء نص المادة ١/٦٩ من هذا الدستور قاطعاً بأن حق النفاذ أصالة، أو بالوكالة، مكفولان. ثم أعقب ضمانة لهذين الحقيين بخطوة أبعاد توخى بها -على ما جاء بالمادة ٢/٦٩- أن تكفل الدولة لغير القلارين مالياً، وسائل الانتقاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم، حتى يؤمن لهؤلاء طرق اقتضاء الحقوق التي يطلبونها، والانتقاء بحرياتهم التي يسعىون لضمانها.

وتتطر المادة ٦٧ من ذلك الدستور، إلى ضمانة النفاذ كإطار للتوصل في كل اتهام جنائي. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها:

>> الحرية في أبعادها الكاملة، لا تنفصل عن حرمة الحياة، ولن إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها، يناقض القيم التي تؤمن بها الجماعة في اتصالها بالأمم المتحضرة وتفاعلها معها. ولا يكفي بالتالي أن يقرر المشرع لكل متهم حقوقاً قبل سلطة الاتهام، توازئها وتردها إلى حدود منطقية. بل يتعين أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولاً من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، من بينها -بل وفي مقدمتها- حق النفاذ بما يشتمل عليه من الحق في الحصول على مشورة محام؛ والحق في حضض الألة التي تقدمها النيابة العامة إثباتاً

(١) ووفق عليه في الاستفتاء في ١٢/١٢/١٩٩٣ ونشر في الجريدة الرسمية في ٢٥/١٢/١٩٩٣.

للجريمة التي نسبتها إليه، بما في ذلك مواجهته لشهودها، واستدعاؤه لشهوده، وألا يحمل على الإدلاء بأقوال تشهد عليه <La protection contre L'auto-incrimination>^(١).

المطلب الرابع

الأهمية الجوهرية لحق الدفاع

٧٠٧- وصار حق الدفاع مدخلاً لحماية حقوق المواطنين وحرياتهم من استبداد السلطة وعسفها؛ وثيق الصلة بالوسائل القانونية السلمية؛ ولقاً في إطار الحماية القانونية المتكافئة التي لا تزيد بها فرص سلطة الاتهام على حقوق متهمها؛ قرين حق الأفراد جميعهم في اللجوء إلى القضاء؛ كإفلاّ رد كل عدوان على حقوقهم وحرياتهم؛ مبلوراً الدور الاجتماعي للسلطة القضائية بوصفها الحارس الأصيل على الحرية والحقوق على اختلافها؛ ناقلاً قيم الخضوع للقانون من مجالاتها النظرية إلى تطبيقاتها العملية؛ مشمولاً بالحرية المنظمة في جوهرها وتطبيقاتها؛ كامناً في النفس وغائراً في أعماقها؛ بعيداً عن أن يكون ترفاً أو لهواً؛ متصلاً بالحقائق الموضوعية دون إغراق في أهدابها الشكلية؛ موافقاً معنى العدالة، ملبياً متطلباتها.

ومن ثم لم يجز للمستور أن يتدخل المشرع في شأن ضمانته للدفاع بما يرهقها، أو يمسقها، أو يقوض الأغراض المقصودة منها. ذلك أن الحقوق جميعها لا تقوم لها قائمة بدونها. بل إن حق الفرد في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، يغدو سرباً يغير ضمانته للدفاع التي تجلّي الحقوق وتقويها، وتنقيها من شوائبها، بما يؤهل لوقوفها سوية على أقدامها، فلا تضلّ طريقها بالختال أو الإهمال. وإنما يكون لكل فرد أن يعرض بصفتها للشخصية، وجهة نظره في شأن الحقوق التي يدعيها، أو الحرية التي يطلبها، وأن يؤمنها كذلك بمحام من اختياره يطمئن إليه لنقته فيه.

وما حق الأفراد في رفع ظلاماتهم إلى السلطة العامة تشكياً من جور أصابهم، إلا صورة من صور حق الدفاع، يمارسونها بأنفسهم، ويعبرون من خلالها عن رأيهم في بعض المسائل التي تعيهم^(٢).

٧٠٨- وتبلغ ضمانته للدفاع في مصر، أرقى درجاتها من خلال أمرين:

(١) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) انظر في ذلك القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية دستورية - جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ - قاعدة رقم ٣٧ - ص ٣٤٤ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

أولهما: أن ضمانات الدفاع تتصل بالحقوق جميعها، وبالحریات بتمامها، بغض النظر عن طبيعة الخصومة القضائية التي تمهيتها.

ثانيهما: أن القرار الذي يصدر عن جهة أولاها للمشرع اختصاص الفصل في مسائل عينها لها، لا يعتبر قراراً قضائياً، إذا كانت ضمانات الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التي تنظم هذه الولاية، وتبين حدودها. ذلك أن هذه الضمانة هي التي ترجع للخصومة القضائية كفتها في اتجاه دون آخر. وهي تقدم لهذه الخصومة دعماً من العناصر الواقعية والقانونية التي تزنها الهيئة القضائية للقسط، فلا تكون علاقة المحامين بتلك الخصومة واقعة في إطار النمطية العقيمة التي لا إبداع فيها. بل هي جهد صادق يبدل من قبلهم لإعانتها على أمرها بما يحفز نهوضها بالرسالة التي تقوم بها، وبما يوفر لموكليهم أموالاً لا وجه لتبديدها، وطاقة لا يجوز أن تهدر، وقتاً لا يستباح في الضياع.

٧٠٩- ولزام ما تقدم، أن حق الدفاع في جوهره لا ينفصل عن الحقوق التي يطلبها الأفراد ويسعون لتأمينها من صور العدوان عليها.

فإذا أغلق المشرع أبوابه في وجه فريق من الناس دون آخر، كان ذلك إهداراً لهذه الحقوق.

المطلب الخامس

الأثر المترتبة على تعويق حق الدفاع

٧١٠- وإذا كان المنصوص -من خلال النصوص القانونية التي كفل بها ضمانات الدفاع- يفترض ألا يقوم المحامون بعمل من جانبهم يخل بالمعاونة الفعالة التي ينبغي عليهم أن يقدموها لموكليهم، فإن التدخل تشريعياً لمنعهم من تقديم هذه المعاونة، أو للحد من فرصها، يكون من باب أولى محظوراً. ذلك أن المحامين شركاء للسلطة القضائية في سعيها للوصول إلى الحقيقة، والتمسك كافة الوسائل التي تعينها على تحريها. ويفترض ذلك أن يدير المحامون الدفاع عن موكلهم وفق أصول مهنتهم وعلى ضوء متطلباتها، وبما لا يخل بضوابطها التي لا يجوز الانتحار بها إلى ما دون مستوياتها الموضوعية.

وبغير معاونتهم هذه^(١) -ويشترط فعاليتها- فإن مسار الخصومة الجنائية لن يكون معبراً عن الحقيقة، حتى في صورتها الراجحة. بل مشككا في نتائجها بما يزعزع الثقة في محصلتها النهائية. وهو ما يعتبر هماً للعدالة ذاتها بإنكار موجهاتها، وخروجاً بالمحاكمة الجنائية عن

(١) Mc Mann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970).

إطارها. ذلك أن مدار الخصومة وغايتها النهائية، لا يزيد على مجرد بسط عناصر النزاع وعرض أدلتها، لتنزل المحكمة عليها حكم القانون على ضوء تقييمها لما يدور في جلساتها. وضمانة الدفاع هي المدخل إليها. وغايتها عن الخصومة القضائية مؤداة طمس بعض واقعتها أو تحريفها أو تشويهها^(١).

ويتعين أن يكون مفهوماً أن دفاع المحامين عن مصالح موكلهم في اتهام جنائي، لا يقتصر على متابعة الاتهام بعين بقطة في مراحل المختلفة وحلقته المفاجئة، وإنما هو كذلك حق المحامين في مرافعة ختامية A closing argument يركزون فيها على النقاط الأساسية للاتهام ويواجهون بها جوابها المختلفة A summation.

المطلب السادس

حقوق المحامين في مواجهة موكلهم

٧١١- ويظل لازماً بيان الحدود التي يلتزم المحامون بمراعاتها في الدفاع عن مصالح موكلهم. ذلك أن لكل مهنة ضوابطها. والمحاماة في أصلها تقوم على الإبداع. ويفترض ذلك ضمان حق المحامين في الخلق والابتكار. فلا يلتزمون بغير خيالاتهم التي يرونها أفضل للدفاع عن حقوق موكلهم، وخياراتهم هذه تفرضها أصول مهنتهم وضوابطها التي تقتضي منهم بذل العناية الواجبة التي يتوقعها الشخص المعتاد في إطار من القيم الواقعية - لا المثالية - التي تفرضها المهنة على القائمين بها.

٧١٢- ويتعين بالتالي أن يكون لموكلهم الحق في تمثيل ملائم يرعى مصالحهم، ويرد العدوان عنها. فلا يكون الدفاع عنها قاصراً عن أن يحيط بالخصومة التي تناولها التوكيل من كل جوانبها، ولا مقصراً في إيلائها العناية الواجبة التي يملوها التخصر.

فإذا انزلق المحامون في دفاعهم إلى أخطاء كان ينبغي عليهم تداركها وتوقيها، فإن الخصومة التي وكلوا فيها تتحرف عن وجهتها المنطقية، بما يجعل ضمانة الدفاع دون مستوايتها الواجبة قانونياً.

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - قاعدة رقم ٤٥ - ص ٧٤٠ وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الديمقراطية العليا.

انظر أيضاً:

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).

ذلك أن هذه الضمانة من الحقوق التي كفلها الدستور، وهي حقوق ليس لها قيمة في ذاتها، ولا يتصور أن تعمل في فراغ. وإنما ترتبط قيمتها بأشكال الحماية التي تفلحها لرد كل عدوان على الإخلال بها؛ وكذلك بدور الحقوق التي تحميها في بناء للنظم القانونية، وتوثيق الحرية المنظمة^(١). ويظل واجباً على المحكمة ليس فقط الامتناع عن كل عمل يضيّق عن فرص الدفاع أو يرهقها أو يخلق جواً غير ملائم لها، بل عليها أن تتحقق بنفسها مما إذا كانت الظروف التي يعمل المحامي في إطارها تنهياً بها فعالية الدفاع عن المتهم^(٢).

المطلب السابع

حق الدفاع قائم في المرحلة الحرجة السابقة على الدعوى الجنائية

٧١٣- وإذا كان الحق في الحصول على مشورة محام، قائماً في الخصومة الجنائية على امتداد مراحلها؛ فإن هذا الحق يقوم كذلك في المراحل الحرجة التي تسبق تحريكها، حين يكون المشتبه فيهم في حاجة إلى حماية محاميه.

وهو ما يتحقق في صور كثيرة يندرج تحتها، خلط المشبوهين ببعض الأبرياء عن طريق صفهم جميعاً في طابور عرض Arraignment حتى يشرف من شهدوا الجريمة. بأعينهم على الجناة من بينهم.

وكذلك حين توجه إليهم سلطة التحقيق أسئلتها التي تخصهم على الإقرار بنذبتهم؛ أو إذا كان يتعين عليهم إبداء دفع أو دفاع في المرحلة السابقة على محاكمتهم حتى لا يسقط الحق فيه.

بما مؤداه ضرورة تحقيق ضمانة الدفاع وكفالتها حتى قبل توجيه الاتهام، إذا لم يكن التحقيق مجرد تحرر عام في جريمة لم يتم حلها بعد؛ وإنما بدأ في مواجهة شخص بوصفه مشتبهاً فيه، يساق إلى مخفر الشرطة أو لجهة التحقيق التي تحتفظ عليه لديها، وتوجه إليه أسئلة تنزع إقراره بالجريمة، دون أن تنبئه إلى أن من حقه أن يظل صامتاً، وأن يحصل على مشورة محام سمعنا كان أم مأجوراً- وأن يعتصم بهذا الحق، ولو كان قد أجاب على بعض أسئلتها قبل حضوره، وأن يمتنع عن الرد على أسئلتها حتى بعد وجوده.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية "تسوية" - جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - للقاعدة رقم ١٨ - ص ١٧٤ وما بعدها من الجزء السادس من أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Holloway v. Arkansas, 435 U.S. 475 (1978).

وعلى جهة التحقيق كذلك - وقد صار هذا الشخص مقيدة حريته لديها على وجه أو آخر - أن تخطره بأن كل واقعة يقر بها، قد تؤخذ دليلاً ضده.

ولا يجوز بالتالى حمل شخص على الإقرار بشيء يتطرق بالجريمة، سواء كان هذا الإقرار سلبياً نافياً ترديه فيها Exculpatory statement أم كان إيجابياً يثبتها عليه Inculpatory statements. وفي هذا الإطار يحظر على جهة التحقيق أن تستجوبه إذا رفض ذلك، أو علق استجوابه على حضور محاميه. ومجرد إجابتها عن بعض الأسئلة، لا يلزمه بالرد على باقيها، ما لم يقبل بالاختياره الحر، النزول عن هذه الحقوق جميعها.

وبوجه عام، فإن ضمانات الدفاع يتعين إعمالها في أية مرحلة سابقة على المحاكمة، كلما أضر إغفالها بمصلحة المتهم بصورة خطيرة لا تكون بها محاكمته اللاحقة، كافة لحقائق العدل، جوهر متطلباتها^(١).

المطلب الثامن

البقطة الواجبة من المحامين في الدفاع عن مصالح موكلهم

٧١٤- ولا يعنى الحق في الحصول على مشورة محام، مجرد أن يمثل شخص عن المتهم في اللحظة الأخيرة لمحاكمته. بل يتعين أن يكون محاميه -سعيًا كان أم مأجوراً- ماثلاً وفاعلاً في جوهر مرحلتها، متقبها إجراءاتها، متصلاً بأورقها، متباعن الطرق الأفضل التي بعد من خلالها أوجه دفاعه، بما في ذلك مواجهة الشهود وتجريحهم، والاعتراض على وجود بعض المحلفين، وأن يعرض عليهم أو على المحكمة ما يراه ضرورياً من المسائل الواقعية والقانونية التي يرضها عليهم، حتى يؤثر في عقيدتهم.

ومجرد حضور محام مع المتهم في المحكمة الابتدائية، لا يخول المحكمة الاستئنافية أن تنكثي بما أبداه من دفاع في المرحلة السابقة. ولا أن تنتظر إلى الأوراق التي لديها باعتبارها كافية لتكوين عقيدتها.

ذلك أن حضور محام أمامها ليس مجرد رخصة، بل هو حق متكامل الأركان يقوم قبل محاكمة المتهم، ولثباتها، وحتى نهائيتها، وكذلك عند إعداد الطعن في الحكم الصادر فيها، وأن يتم ذلك كله في إطار من الفرص الحقيقية التي يتمكن بها الدفاع من أداء واجبه.

٧١٥- وما يخل بضمانة الدفاع:

(١) Groover v. California, 357 U.S. 433 (1958); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

١. أن تهنر الجهة الإدارية بتقصتها علي المتهم -ولو بطرق ملتوية- سرية أحاديثه مع محامييه.

٢. أن يصادر القضاء بطريقة ظاهرها للتحكم، كل محاولة من الدفاع لدعم مركز المتهم، سواء من خلال عرقلة أو تطويق هذا الدفاع أو التضيق من فرصه.

٣. إنكار حق المتهمين وحق محاميهم كذلك في النفاذ قبل محاكمتهم إلى كل معلومة أو وائعة يرونها ضرورية لإعداد دفاعهم، وبمراعاة أن هذا الحق لا يختلط بحقهم في مواجهة الشهود أثناء محاكمتهم. ذلك أن هذا الحق الأخير، لا يتلق بغير المحاكمة في ذاتها A trial right ولا يتوخى غير ضمان حرية المتهم، في أن يوجه لشهود النيابة-دون شمة قيود- الأسئلة التي يتفقا بها بيان أوجه التعارض في أجزاء شهادتهم، وما بها من تحامل أو تلفيق، وما يحيطها من وجه آخر من شبهة تقدها مصدقيتها.

إذا حضر محام محاكمة المتهم، وكان مغموراً -ولو في بعض مراحلها- أو تعرض لضغوط من الجهة الإدارية كتهنيده بترحيل زوجته وإعدامها.

ذلك أن الدفاع لا يكون فعالاً، إلا إذا كان يقظاً متعباً مراحل الخصومة الجنائية بعين مفتوحة؛ متقبها لكل حجة يتكرر بها مركز المتهم حتى يدفعها بكل الوسائل التي يملكها وفقاً للقانون؛ مفاضلاً في ذلك بين بدائل متعددة على ضوء الأوضاع المتغيرة التي تواجهها هذه الخصومة. فلا يختار من طرائق الدفاع غير أنصبتها لمصلحة المتهم. ولا يجوز في أية حال أن يقال بتوافر ضمانات الدفاع لمجرد أن المتهم هو الذي اختار محامييه.

٤. وإذا كان للمحكمة حق تقييد حرية الأشخاص الذين يحضرون جلساتها ويخلون بنظامها ويرتكبون بالتالي جريمة احتجازها؛ إلا أن من اللقهاء من يقرر بأن إخراجهم من قاعتها قد يكون إجراء كافياً، وأن حبسهم بقرار يصدر عنها، ويقبل التنفيذ فوراً، لا يجوز أن يتم بغير حضور محام عنهم^(١).

المطلب التاسع

للصلة بين حق الدفاع وضمانة الحق في التقاضي

٧١٦- ومن المقرر كذلك أن الخصومة للقضائية لن تكتمل حلقاتها ما لم يوفر لها المشرع -في نهاية مطلقها- حلاً منصفاً يمثل الترضية القضائية التي يبتغيها من طلبها لمواجهة الإخلال بالحقوقي التي يدعيها. بيد أن الحصول على هذه الترضية، لا يتحقق عملاً

(١) Antieau, Modern Constitutional law, volume 1. P. 322.

بغير ضمانة الدفاع التي يعرض الخصوم في نطاقها أدلتهم الواقعية والقانونية التي لا يتمايزون في مجال بسطها عن بعضهم البعض.

ولا يتصور بالتالي أن تتفصل ضمانة الدفاع عن حق التقاضي. إذ هما متكاملان، ويعملان معاً في إطار الترضية القضائية التي تلور حقوقاً يريد الدفاع اجتثاثها من خلال الاغراض النهائية للخصومة القضائية. ولم تعد بالتالي لضمانة الدفاع أية قيمة بعيداً عن حق اللجوء إلى القضاء، وإلا كان التركيز عليها وطلبها عزيمة وإصراراً، واقعاً وراء جدران مغلقة. وتظل هذه الضمانة قائمة بكافة متطلباتها، ولو لم ينص الدستور عليها. ويعتبر كل عمل تشريعي على خلافها، من لغو القول، مؤدياً إلى التسلسل والتخالف.

ذلك أن ضمانة الدفاع أكثر اتصالاً بفرص إنفاذ الحقوق التي يطلبها أصحابها. وهي تطو بمبدأ سيادة القانون، ولا يقتصر مضمونها على مجرد تقرير حق الشخص في اختيار محاميه؛ ولكنها تؤكد كذلك الملامح للشخصية لحق الدفاع التي كفلها الدستور من خلال تقريره حق كل شخص في للدفاع أصالة عن الحقوق التي يدعيها. بل إن حرمان الشخص من أن يكون أصيلاً في مباشرة حقوق الدفاع، بصادم -على حد تعبير المحكمة الدستورية العليا- للنبض الجماعي لحقائق العدل^(١).

المطلب العاشر

امتناع نزول المتهم بجناية عن حق الدفاع

٧١٧- ويظل لكل متهم بجناية، وعملاً بنص المادة ٦٩ من الدستور أن يحصل على مشورة محام يعاونه على دفعها، ولو أمسقط هو هذا الحق.

ذلك أن ضمانة الدفاع وفقاً لحكم هذه المادة لا تعتبر من قبيل الحقوق الشخصية التي يجوز النزول عنها. ولكنها تبلور أحد عناصر المحاكمة المنصفة التي تقتضيها المادة ٦٧ من الدستور بوصفها جزءاً من منظومتها المتكاملة التي تدخل ركائزها بغير حقوق الدفاع.

كذلك فإن مفاهيم الجزاء -وأياً كانت طبيعته- تقارنها بالضرورة ضمانة الدفاع، وإلا بطل للجزاء بكل أخطاره حال غيبتها، خاصة وأن علاقة الولاء التي تربط المحامي بموكله تقتضيه أن يخطره بكل قرار هام سيتخذ، وبالمرحلة المختلفة التي آل إليها تطور الاتهام، وبما ينبغي علي موكله أن يقول أو يفعل أثناء محاكمته. كذلك فإن واجباته المهنية تلزمه بأن

(١) القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢ - قاعدة رقم ١٨ - ص ٢١٦ من الجزء ٧ من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

يدير دفاعه على ضوء من الاقتدار والخبرة، وفق المقاييس المنطقية لاصول المهنة ومتطلباتها في خصومة جنائية بعينها هي التي يمثل المتهم فيها. ولا يكون المحامي بالتالي مسئولاً فيما يجاوز حدود هذه الدائرة حتي يحتفظ بحرية اختيار البدائل واتخاذ القرار النهائي في شأن الكيفية التي يدير بها الدفاع ليقظ عن موكله^(١).

٧١٨- ويظهر مما تقدم، أن الحق في الحصول على مشورة محاميا، يدخل في جذور كل محاكمة منصفة. وهو شرط في انتظام إجراءاتها، وضمان لتقديم نوعية من العدالة تكفل هذا الحق لكل متهم في كل مرحلة تؤثر في القرار النهائي المحدد لمصيره.

المطلب الحادي عشر

لا يجوز التمييز في ضمانات الدفاع على أساس الثروة

٧١٩- ولختيار إليهم لمحام يثق فيه، هو الوجه المقابل لتعيين المحكمة محام من قبلها للفقراء من المتهمين، حتى تدار العدالة الجنائية على وجه يكفل تكافؤ الحقوق بين أطرافها.

فلا يكون الجاهلون، أو المعوزون، أقل في حظهم منها من الآخرين. ذلك أن وجود محام يعاونهم، يقيم لهم الحجة التي يواجهون بها الاتهام، ويساويهم بالنزاهة العامة، وبالمتهمين المتقنين، وبالموسرين وبالغنيين؛ بالذين يفهمون القواعد الإجرائية ويديرونها في مصلحتهم، وبالذين يجهلون كل شيء فيها، وعلى الأخص ما يتعلق بالأدلة التي لا يجوز قبولها، أو التي لا تطلق لها بالاتهام. وإنما هي العدالة الكاملة محددا إطارها على ضوء متطلباتها التي تكفل إنصافها. ومن ثم كان إنكار حق المتهم في الحصول على مشورة محام، كافيا بذاته Per se لإبطال محاكمته لخروجها على الوسائل الإجرائية القانونية السليمة. وصح القول بالتالي بأن التمييز بين الجنابة والجنحة في مجال الحصول على هذه المشورة، ليس إلا لغوا. ذلك أن العقوبة في هاتين للجريمتين، تنبذ من الحرية الشخصية في كثير من تطبيقاتها.

وكما اتهم شخص بجريمة خطيرة، وكان معوزا، فإن تعيين محام يعاونه، لا يكون خياراً للمحكمة، ولو بأن من أوراق التحقيق تساند الأدلة ضد المتهم وتضافرها في إثباتها للتهمة، وأن تعيين محام أن يغير شيئا يتعلق بالجريمة من جهة رجحان إثباتها. ذلك أن إنكار هذا الحق، ولو في المرحلة الاستئنافية للاتهام، يقيم تمييزا ملتويا بين القادرين وغير القادرين. وشروط حرمان المتهم من هذا الحق بعيدة في مداها، ولا مبرر لها، وهي كذلك تعليق لحق

(١) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1985).

المتهم في الطعن، علي الثروة؛ وإرهاق العدالة ذاتها من خلال جحد متطلباتها، وتقرير لخطوط حاجزة بين المعتمدين والموسرين بالمخالفة للدستور^(١).

المطلب الثاني عشر

لا يجوز للنياية أن تخفى عن المتهم واقعة نفيده في حصص للتهمة

٧٢٠- ولأن الدفاع عن المتهم، لا يجوز أن يقصر عن أن يحيط بالتهمة من كل جوانبها؛ وكان لمحامي المتهم أن يعد دعواه وفق ما يراه من الطرق الأفضل في تقديره لخدمتها؛ وكان ذلك مؤداه ألا يفاجأ بواقعة أخفها النياية، ولم تخطر بها قبل المحاكمة؛ فإن كشفها يكون واجباً عليها، كلما توافر شرطان فيها: أولهما: أن يفيد المتهم منها *Favorable to the accused*. ثانيهما: أن يكون لها صلة بأدلة الجريمة، سواء من جهة إثباتها أو فرض عقوبتها^(٢). *Material to guilt or punishment*.

وتقوم هذه الصلة كلما توافر مسوغ مقبول للقول بأن الحكم في الاتهام كان ليتغير وجهه، لو لم تصد النياية إلى كتمان الواقعة التي يفيد المتهم منها، والتي اتصل علمها بها^(٣). ذلك أن إخفاءها، يجهل بها. ومفاجأة الدفاع بوجودها قد يمجزه عن إجهلها، فلا يكون جزاء حجبها عن الدفاع غير استبعادها حتي لا يعول المحلفون عليها، وكى لا تدخلها المحكمة في اعتبارها، وإلا كان أخذها بها مقتضياً محاكمة جديدة^(٤).

كذلك فإن سلطة الاتهام وإن كان عليها أن تقدم إلى المتهمين كل معلومة أو واقعة لديها يفيدون منها، وترتبط بالجريمة التي اتهموا بها من جهة إثباتها أو عقوبتها؛ إلا أن واجبها هذا لا يقوم في بعض الجرائم التي لها من خصوصياتها ما يقتضي قصر الحق في الاطلاع علي ملفاتها علي المحكمة وحدها، وفي غرفة مغلقة *In Camera review*.

(١) Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963).

وفي هذه القضية كانت المحكمة المنقوض حكمها قد حصت الأوراق وقررت ألا فائدة من تعيين المحامي.

No good whatever could be served by appointment of counsel.

(٢) Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963).

(٣) United States v. Ragly, 473 U.S. 667 (1985).

(٤) Williams v. Florida, 399 U.S. 78 (1970).

وبالمثل يلتزم الدفاع بأن يطلع النياية قبل المحاكمة علي أسماء شهوده، فإذا كانت له حجة غيب *Alibi*، فإن عليه أن يطلعها كذلك علي اسم وعنوان الشخص الذي وجد المتهم معه في غير مكان الجريمة. ولا يعتبر ذلك إخلاقاً بحق المتهم في ألا يدين نفسه بنفسه. ومن ثم يقوم علي وجه التقابل، أن لا تلم كل من النياية والدفاع باطلاع الآخر قبل المحاكمة علي ما لديه من أدلة.

فإذا كان محامي المتهم يطعن بواقعة بذاتها حوثها ملفاتها هذه، جاز أن يلتصقها مباشرة من المحكمة، وأن يناقش صلتها بالجريمة التي اتهم موكله بها.

ولكثر ما يتحقق ذلك في جرائم عدوان الآباء علي أعراض أطفالهم وبناتهم بما يمس أسوأ صور استغلالهم. وهي بعد جرائم لا يشهدا غير ضحاياها في الأعم من الأحوال بما يجعل تعقبها وإثباتها متعذرا. وما لم يتوافر قدر من السرية للشهادة التي ينلي الأطفال بها أو للشهادة التي يقدمها جيرانهم في شأن هذه الجرائم، فإنهم قد يعزفون عن الإبلاغ عنها، أو التكليل عليها. وكان ضروريا بالتالي أن يطمئن هؤلاء وهؤلاء إلي أن شهادتهم لن تنزع علي نطاق عام بما يحد من مخاوفهم في الإدلاء بها^(١).

(١) Pennsylvania v. Ritchie, 480 U.S. 39 (1987).

المبحث الثاني

الحق في الكفالة في المواد الجنائية

Le droit au cautionnement

المطلب الأول

مضمون هذه الكفالة وعلتها

٧٢١- يقصد بالكفالة في المواد الجزائية، قدر من المال تحده المحكمة، ويؤديه المتهم إليها لضمان أن يمثل أمامها عند محاكمته عن الجريمة اتهم بها، وحتى يتفرغ لإعداد دفاعه بعد إطلاق سراحه وتحريره من الاحتجاز. فإذا لم يظهر أمام المحكمة بعد أن تدعو للمثول أمامها، تعين عقابه ومصادرة الكفالة. ويعتبر الحق من الكفالة من الحقوق التقليدية التي يكفلها الدستور لكل متهم. وهي ترتد في أصلها إلى وثيقة إعلان الحقوق البريطانية. ولا يفترض أن يكون الحق فيها قائماً في كل الأحوال ومن ثم تكفي الدساتير بالنص على عدم جواز المغالاة فيها^(١).

والفرض في الكفالة أن يؤديها المتهم بعد القبض عليه وقبل الفصل في الاتهام. والأصل فيها هو معقوليتها حتى لا تكون مخالفة للدستور. وهو ما تردده الدساتير المختلفة التي تكفل صون الحرية الشخصية للناس جميعهم، بما فيهم المتهمين، فلا تقيد حريتهم من خلال حبسهم احتياطياً، إذا عجزوا عن أداء كفالاتهم التي حددتها المحكمة مقابل الإفراج عنهم إلى حين الفصل في التهمة الموجهة إليهم.

وليس من العدل في شيء أن يظلوا مودعين في أماكن التحفظ عليهم إلى أن يتم الفصل في هذه التهمة بحكم يكون باتاً، ومن حقهم أن يقوموا بكفالاتهم حتى بعد إدانتهم وقبل الفصل في طعنهم. ذلك أن احتجازهم على هذا النحو، يعطل فرصهم في الاتصال بمحاميتهم من أجل محض الاتهام الجنائي، وعلى الأخص من خلال الوثائق التي يقدمونها لنفيه. ولا يستطيعون كذلك إنشاء التحفظ عليهم، الاتفاق على أسرهم وإعالتها.

وكفالاتهم المغالية فيها، لازمها أن يظلوا محبوسين احتياطياً عن جريمة لا زال أمر الاتهام فيها معلقاً ولم يفصل فيها بعد بحكم بات؛ حتى إذا برأتهم المحكمة منها، تحملوا قدراً من العقوبة لا يستحقونها.

(١) *Carkson v. Landon*, 342 U.S. 524 (1952).

وهو ما يناقض الأصل في البراءة وفي الحرية. وهما قاعدتان تمنعان إيقاع عقوبة قبل أن يدان المتهم قطعياً عن الجريمة، وتؤكدان بأن تتوافر لكل متهم الفرص الكافية لإعداد دفاع غير معاق، وما لم يكفل المشرع الحق في الكفالة -عند قيام موجبها- فإن افتراض البراءة وما تحقق على طريق النضال من أجل إرساء أصله، يندو عقوباً وجهداً ضائعاً^(١).

ويزيد الأمر سوءاً أن بعض الدول ترفض في الجرائم الخطيرة -كذلك التي تكون عقوبتها الإعدام- تقديم المتهمين لكفالة يفرج عنهم بعد دفعها، وتستبقوهم في سجونها إلى أن يتم البت في الجريمة. كذلك يعجز الفقراء من المتهمين عن أداء كفالتهم، بما يعطل حريتهم عملاً. وهو ما يحى التمييز بينهم وبين المومنين في شأن خطير يتعلق بالحرية للشخصية. إذ بينما يحجبها هذا التمييز عن الفريق الأول، فإن الآخرين يدفعونها ولو عظم مبلغها.

وليس في الدستور نص يجيز تقييد حرية شخص بناء على فقره وضالّة موارده، وإلا صار أمر الحرية للشخصية وقفا على الأعراء مكلفة وقدرأ.

ويتعين بالتالي أن يكون لكل متهم حق في إطلاق سراحه -لا بناء على ثروته- وإنما كلما توافر الاعتقاد المنطقي -على ضوء كافة العوامل ذات الصلة- بأن المتهم لن يكون عاصياً لأوامر المحكمة حين تدعوه للمثول أمامها. فإذا خيف من هروبه، أو من خطره على المجتمع إذا ما أطلق سراحه، فإن حبسه احتياطياً لا يكون مخالفاً للدستور^(٢).

المطلب الثاني

بطلان المغالاة فيها

٧٢٢- وتعتبر الكفالة مغالى فيها، Excessive Bail إذا كان مبلغها يزيد عما يكون لازماً عقلاً لضمان مثول المتهم أمام المحكمة، وتنفيذ حكمها إذا وجنته مذنباً^(٣). ولا يجوز بالتالي أن يكون الغرض من الكفالة التي حدتها المحكمة، ضمان أن يظل المتهم معتقلاً في السجون أو غيرها من أماكن الاحتجاز.

ويتعين -على ضوء ما تقدم- أن يتحدد مقدار الكفالة التي يقدمها المتهم مقابل إطلاق سراحه، وفق معايير تكفل ظهوره أمام المحكمة. وتنفيذ الحكم الصادر عنها. وهى معايير موضوعية وشخصية، يندرج تحتها سجل المتهم في الإجرام؛ ونوع النشاط الذى لخصته وألفه

(١) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).

(٢) United states v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988).

(٣) Hudson v. Parker, 156 U.S. 277 (1895) at 285.

فى حياته؛ وطبيعة الجريمة التى اتهم بارتكابها؛ وظروفها؛ ووزن الأدلة التى يبيد سلطة الاتهام قبله؛ وقدرته المالية^(١).

ولا يجوز بالتالى فى مجال تحديد مقدار الكفالة - كما لا يجوز فى أية محاكمة جنائية - أن يكون امتناع المتهم عن الإجابة على أسئلة الجهة القائمة بالتحقيق فى الجريمة حتى لا يدان بأقواله أمامها؛ مبرراً لتحديد مقدار الكفالة بما يبهظها على المتهم.

ويجوز الطعن فى كل كفالة مغالى فيها من أجل خفض مبلغها. ولا يعتبر هذا الخفض من المسائل التى تتركض فيها المحكمة الاستئنافية. ذلك أن معقوليتها شرط اقتضاء الدستور لصحتها^(٢).

وحتى بعد أن يدان المتهم بالجريمة، فإن من حق المحكوم عليه بعقوبتها، أن يطلب الإفراج عنه حتى الفصل نهائياً فى الطعن فى الحكم الصادر فيها، ما لم يكن هذا الطعن متوخياً مجرد تعطيل تنفيذ هذا الحكم، أو كان غير مقبول، أو غير جدير بالحرض بالنظر إلى مضمونه.

ذلك أن النظم القانونية فى الدول الديمقراطية، تفترض ألا يحمل للشخص على معاناة عقوبة مفيدة للحرية، قبل أن يدان بحكم بات عن الجريمة التى اتهم بها.

فإذا لم يكن هذا الحكم قد صدر بعد، كان من حقه أن يقدم بعد القبض عليه، وقبل محاكمته، كفالة للإفراج عنه. وله كذلك أن يقدمها أثناء هذه المحاكمة، وإلى ما قبل إدانته قطعاً عن الجريمة التى ارتكبها.

ذلك أن الذين يدينهم الحكم بالجريمة ويقضون عقوبتها، لا تقل معاناتهم بعد نقض هذا الحكم وبرئتهم، عن هؤلاء الذين لا تقبل كفالتهم لإطلاق سراحهم قبل المحاكمة، ثم تظهر براعتهم.

بل إن قبول الإفراج عنهم بشرط الكفالة، هى التى تعطى لحقهم فى الطعن على الحكم الصادر ضدهم، معناه؛ وإلا صار تنفيذ العقوبة التى تقرر محكمة الطعن بعدد مخالفة توقيعها للدستور أو القانون، عملاً منافياً للحق فى الحرية، وهى الأصل.

(١) Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 46 (C).

(٢) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1 (1951).

ولا يجوز بالتالى بعد إدانتهم، وقبل الفصل فى الطعن المقدم منهم، أن يكون الإقراج عنهم بشرط الكفالة، من الرخص أو من صور التفضل Mere grace or favor التى يجوز منحها أو حجبها فى إطار سلطة تقديرية مطلقة.

ذلك أن هذا الإقراج يعتبر حقا كلما كان مبرراً خالياً من سوء النوايا، وكانت أسباب الطعن راجعاً لقبولها.

ولئن جاز بعد صدور أمر قضائى بالإقراج بشرط الكفالة، الرجوع عنها، إلا أن شرط هذا الرجوع، ألا يكون تحكيمياً.

٧٢٣- والكفالة على ضوء ما تقدم -تحرر المتهم من القيود على حريته. وهى قيود لا يجوز اقتضاؤها، وتنفيذ مقتضاها، قبل صدور حكم بات بغرضها.

ودفعها مؤداه ألا تكلم المسجون بأشخاص يودعون فيها، ثم تظهر براءتهم فيما بعد، بما يهدر الأموال التى أنفقتها الدولة عليهم لكفاء استبقائهم لديها.

وتوفر الكفالة كذلك، ضماناً لظهور المتهم أمام المحكمة التى تدعوه للحضور، فلا يخرج من ولايتها، ولا من قبضتها حين تريده^(١). فإذا لم يظهر أمامها تعين عقابه، ومصادرة الكفالة التى قدمها.

٧٢٤- وشأن الكفالة المغالى فيها، شأن الغرامة الجنائية التى يزيد مبلغها عن الحدود المنطقية التى تفرضها ظروف الجريمة وملابساتها Excessive Fines. كلاهما مخالف للدستور.

^(١) Edward Witt, the Supreme Court and Individual Rights, second edition, 1988, p.217.

المبحث الثالث

حظر حمل شخص على الشهادة بما يدينه (١)

The Privilege Against Self - I incrimination

المطلب الأول

مفهوم هذا الحظر

٧٢٥- حمل للشخص على أن يشهد ضد نفسه، وبما يدينه جنائياً، من الممائل التي لا يجوز القبول بها. ذلك أن دور الشهادة في ضمان تحقيق العدالة الجنائية، وإن كان مطلوباً، إلا أن مضار التمثل عليها، تكافض حق من بدلي بها في كتمانها، وفي ألا يولخ بغير الأقال التي يريد إعلانها. ومصلحته في ذلك تربو حق الجماعة في تعقبها الجناة، والقبض عليهم وتقديمهم إلى القضاء لينالوا جزاء ما اقترفوه. كذلك يعتبر هذا الامتياز من خصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية Accusatorial system ليفارق صورة من العدالة المنتحلة التي تنفيا مجرد ملاحقة المتهمين وتعقبهم للبطش بهم The inquisitorial system.

ولا جدال في أن الإكراه على الشهادة، إخلال بإرادة الاختيار، وهي جوهر الحرية الشخصية. ذلك أن من نطق بها يؤخذ بمقتضاها، وقد يضر آخرين بها إذا أجبر على تليقها. ومن ثم تسوء عاقبتها. وهي في كل صورها شهادة غير أخلاقية في بواعثها ومضمونها، ولو كان من يحتمون بامتياز عدم الإدلاء بشهادة قد تدينهم، مجرمين حقيقة أو مخادعين أو مزورين، يضلون المحكمة الجنائية ويعوقونها عن الوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليها من القضايا.

ذلك أن هذا الامتياز -في أصله وممراته- ضمان لحرية الأشخاص في الاحتكام إلى ضمائرهم، فلا ينطقون بغير ما يريدون. وتلك قيم تكفلها المستاتير جميعها انطلاقاً من حرصها على الحقيقة التي لا تكشفها أقوال بدلي بها أصحابها مخالطة أو زيفاً أو غصياً، أو تحاملاً (٢).

وإذا قيل بأن هذا الامتياز يحصم المجرمين، ويوفر لهم غطاء من الحماية؛ فإنه كذلك يؤمن الأبرياء، ويقهق تدخل السلطة في شئونهم وخواص حياتهم لانتزاع أقوال منهم تدينهم بها في إطار نظم قمعية، تقوم في جوهرها على مطاردة أفراد لا تصطفيهم، وتعقبهم وخرق

(١) يلاحظ أن هذا الحظر مقرر بالقاعدة التي تنص:

[Nemo tenetur seipsum accusare] No man is bound to accuse himself

وترجمتها بالعربية [لا يكلف الشخص بتهام نفسه].

(٢) E.g. Twining v. New jersey, 211 U.S. 78 (1908).

أعراضهم، والتحقيق في أنق شئوهم، واقتحام مناطق من خواص حياتهم يريدون كتمانها بما يخل بتكامل شخصيتهم، وبضرورة أن تكون لهم دخائلم التي لا يجوز الإطلال عليها؛ وفرصهم التي توازن بين حقوقهم وسلطة الجهة التي تتولى التحقيق معهم؛ وسكونتهم التي لا يجوز الإخلال بها بما يروعها أو يثير اضطرابها دون مقتض؛ وحقهم في حياة متكاملة يشكون أطمطها بالطريقة التي يرونها، فلا يحملون على الإقرار بنوبهم^(١).

ويتعين بالتالي أن ينظر إلى هذا الامتياز في إطار الحقوق التي كفلها الدستور لكل فرد، وليس كخطيئة يتعين النفور منها، والإعراض عنها، ووصم من يتردون فيها بمجازرة القيم الخلقية، انحرافاً عن متطلباتها. والمتهمون الذين يتمسكون بهذا الامتياز أمام المحكمة، لا يحقرونها، ولا يترون ضمناً بالجرمة، ولا يعتبر نكولهم عن شهادة يحملون عليها، حجة عليهم بشئ. فإذا عاملتهم السلطة كجرائم لمجرد احتجاجهم بذلك الامتياز، كان تصرفها مخالفاً للدستور.

ذلك أن الامتياز المتقدم يمثل من القيم الإنسانية أرقاها، ومن الحقوق الدستورية أكثرها اتصالاً بجوهر النفس الإنسانية. فضلاً عن أن كثيرين من المشبوهين أو المتهمين، أبرياء في حقيقة الأمر، ولكن سلطة الاتهام تزعجهم ببأسها، وتقوض اطمئنانهم بحقوقها العريضة، فلا يكون خوفهم منها، وترددهم في الإقصاء بما لديهم أمامها، أو أمام جهة التحقيق، دليل جرمهم.

المطلب الثاني

الأشخاص الذين يتمتعون بهذا الامتياز

٧٢٦- ولا شأن لغير الأشخاص الطبيعيين بهذا الامتياز، فلا يجوز أن تنبثه أية منظمة ولا أن تتج به لصاحبها. وليس للعاملين في أية جهة منحها المشرع الشخصية الاعتبارية، حق في إخفاء وثائقها، أو حجبها Corporate records، أو الامتناع عن الشهادة ضدها، بزعم أن هذه الوثائق أو تلك الشهادة قد تدينها، ولأنهم مؤمنون على وثائقها، وعليهم مسئولية حفظها، أو أن أداءهم للشهادة ضدها يخل بواجباتهم قبلها. وشرط ذلك أن تكون وثائق هذه الجهة وسجلاتها، مودعة لديهم بصفته ممثلين لها. فإذا طلبتها منهم سلطة رسمية لمسوغ، تعين عليهم تقديمها لها، ولو أدلتهم هذه الوثائق في أشخاصهم.

(١) Murphy V. Waterfront Commission of New York Harbor, 378 U.S. 52 (1964).

وحتى بعد تصفية الأشخاص الاعتبارية، وانتقال أوراقها ووثائقها إلى المصفين، فإن على هؤلاء تقديمها إلى الجهة القضائية التي طلبتها. ولا كذلك الأوراق التي يملكها أشخاص طبيعيون ملكية خاصة، أو على الأقل تلك التي بحوزتها بصفتهم الشخصية البحتة. ذلك أن امتياز عدم جواز حملهم على الشهادة بما يدينهم، يشملها إذا تمسكوا به^(١).

المطلب الثالث

الجهات التي يجوز التمسك أمامها بهذا الحظر

٧٢٧- يقوم امتياز حظر الحمل على الشهادة ليس فقط أمام المحكمة الفيدرالية ولكن كذلك في مواجهة محاكم الولاية. واضطرد القضاء على تطبيقه ليس فقط في إطار الاتهام الجنائي إذا أثاره المتهم أو الشهود؛ وإنما كذلك في نطاق الخصومة المدنية، وأمام لجان تقصى الحقائق البرلمانية، وأمام أية جهة إدارية. ويتعين القول بالتالي أن هذا الامتياز متاح لكل شخص تطارده السلطة بشكوكها؛ وإن كان أكثر وجوباً في المحاكمة الجنائية التي يعتبر هذا الامتياز مقررأ أصلاً لمصلحة المتهم المائل أمام المحكمة إذا مثل عن أحد أركان الجريمة، أو عن حقيقة الأوضاع التي لايسنها، كأن يسأل من سلطة الاتهام عما إذا كان قد قتل، أو عن أدلة هذه الجريمة ومكان إخفائها. وقد تنتشر أجزاء الدلائل التي تتوافر لسلطة الاتهام، ومن ثم توجه أسئلتها إلى المتهم حتي يطلعها علي حقيقة الصلة التي تربط هذه الأجزاء ببعضها.

ذلك أن الشرور التي يتوخى هذا الامتياز توقيها، تربو علي كل مصلحة تتغيا الجماعة حمايتها في مجال تعقيبها للجرائم وكشفها عن مرتكبيها^(٢).

ولا عبرة بما إذا كان من شأن الشهادة التي يدلي الشخص بها، أن يدان بسببها عن الجريمة وفقاً للقانون المنظم لها، أو ألا يكون لها هذا الأثر.

وليس على المتهم، ولا على غيره، أن يعرض على المحكمة، نوع المخاطر التي قد يواجهها إذا أدلى بشهادته. ذلك أن بيلانه لها قد يشي بنوع أو بنطاق الشهادة التي يريد كتمانها.

(١) Curcio, v. United States, 354 U.S. 118 (1957); Mcphaul, United States, 364 U.S. 172 (1960); Grant v. United States, 227 U.S. 74 (1913).

(٢) United States v. White, 322 U.S. 694 (1944).

ويلا حظ أنه وحتى إذا كان الشخص المائل أمام هيئة المحلفين الكبرى، هو المشتبه الأول في الجريمة. فإن من حقّه أن يتمتع عن الإجابة على الأسئلة التي توجهها إليه.

ويتعين بالتالي لجواز الاحتجاج بالامتنياز، النظر إلى أثر الأسئلة الموجهة إلى الشخص. فكلما كان من شأنها -غنى سياقها وعلى ضوء الأوضاع التي تلاعبها- الحصول على إجابة يضر الإفصاح عنها بمركزه، قلن الامتناع عن الرد على هذه الأسئلة، يكون مبرراً، ولا يجوز بالتالي حمل متهم على أن يقر بالجريمة، ولا أن يقدم أدلتها، ولا أن يدلي بشهادة عنها. ذلك لأن حريته في الإقرار بالجريمة أو إنكارها، لا نزاع فيها^(١). وليس اعترافاً بها مجرد سكوتة عنه لود على الأسئلة الموجهة إليه، ولا رفض الإدلاء بالشهادة التي يطلبها المحققون أو رجال الشرطة^(٢).

بل إن للمتهم في جريمة بالولاية، حق اللجوء إلى هذا الامتنياز، إذا كان من شأن الاحتماء به توقي الإقرار بالجريمة للمطية في الولاية، وبجريمة فيدرالية تقوم على الأركان ذاتها. وصح القول بالتالي بأن هذا الامتنياز لا يجوز أن يفسر تفسيراً "ضيقاً" ولا بصورة تسعيفية تغل بالأغراض التي يستهدفها.

ويبلور هذا الامتنياز تقاضاً عاماً في مجال إثراء الحرية، وهو كذلك علامة فارقة على طريق كفاح الإنسان من أجل أن يكون مدنياً. ذلك أن ما يتوخاه هو ضمان القيم الجوهرية والأمال النبيلة التي تنحصر بها كشرط للحرية المنظمة التي ينافيها أن يدين المتهمون أنفسهم بأنفسهم بما يناقض خصائص النظام الاتهامي للدالة الجنائية، ويقوض كذلك حقوق المتهمين في ألا تنتزع ألقولهم من خلال وعد أو وعيد، أو غيرهما من صور إساءة استعمال السلطة. ولئن كان هذا الامتنياز، يوفر أحياناً غطاءً للجناة، إلا أن تطبيقه في أكثر صورته، كان حماية للكبرى^(٣). وصرل اليوم ضماناً ليس فقط ضد الملاحقة الجنائية، وإنما كذلك باعتباره مؤنلاً لحماية حرية التعبير ولحفظ الكرامة الإنسانية^(٤).

ولا يجوز بالتالي إدراج من يحتجون بهذا الامتنياز في قائمة الجناة والمزورين، ولا أن يعمل باعتباره صنو الإقرار بالجريمة أو كقرينة قاطعة على التكتليس، وإلا صار ملهاة بغير مضمون A. Hollow Mockery. يؤيد هذا النظر أن هذا الإنسان -وإن كان بريئاً- قد بظل متخوفاً من الاتهام أجنبي^(٥).

(١) Heike v. United States, 277 U.S. 131 (1913).

(٢) Bruno v. United States, 308 U.S. 287 (1939).

(٣) Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbour, 378 U.S. 52 (1954).

(٤) Ullmann v. United States, 350 U.S. 422 (1956).

(٥) Spjochow v. Board of Higher Education, 350 U.S. 551 (1956).

علي أن الامتياز المذكور ليس بحق مطلق لأصحابه. ذلك أن عدم تمسكهم به، يفيد نزولهم عنه. فإذا احتجوا به كان للقاضي أن يقرر ما إذا كان الاحتواء بذلك الامتياز مبرراً أو غير مبرر. ويكون الاحتجاج بامتياز عدم الحمل على الشهادة Testimonial Compulsion مبرراً، كلما كان ظاهراً بوضوح من الأسئلة الموجهة إلي الشخص، أن لها من تركيبتها، وفي محيط إلقاءها، ما يجعل الإجابة عنها منطوية على مخاطر جنائية يتعين توقيفها^(١). وصار مقررًا كذلك أن ما يتوخاه هذا الامتياز ليس فقط حماية الأبرياء، وإنما كذلك ضمان نظام قضائي لا يدين الجناة، مالم تحمل سلطة الاتهام على عاتقها التكليل بنفسها على الجريمة بكافة أركانها Shouldering the entire load.

ولا يكون الاحتجاج بالامتناع عن الشهادة المقهورة، مبرراً، إذا تعلق بجريمة سقط الحق في تحريكها بالتقدم، أو بواقعة أقر بها الشخص في جملتها باختياره، ثم رفض الإفصاح عن تفاصيلها. كذلك إذا كانت الشهادة التي يرفض الإدلاء بها تنطبق بجريمة أدن عنها بالفعل، أو صدر عفو بشأنها، ما لم تكن الشهادة التي حمل عليها مفضية إلى جريمة جديدة ترتبط أو لا ترتبط بالجريمة القديمة^(٢).

وكما دعي شخص للشهادة أمام لجنة تشريعية أو قضائية أو إدارية، فإن رفضه المثل أمامها قد يشكل جريمة لحقار لها. فإذا ظهر أمامها، كان من حقه أن يرفض الإجابة على أسئلتها الموحية بالجريمة التي ارتكبها^(٣).

ويفترض حظر الإدلاء بالشهادة التي تؤثّم أصحابها، أن تكون مخاطر التجريم التي تتصل هذه الشهادة بها، قائمة. فإذا أجهضها المشرع من خلال حصانة خلعها على الشاهد Immunity Statutes بما يعطل نهائياً إمكان ملاحقته جنائياً عن الجريمة التي حوتها هذه الشهادة، سقط حظر الإدلاء بها بكل الآثار التي يرتبها. وشرط ذلك أن تعمل هذه الحصانة في الدائرة ذاتها التي يعمل فيها امتياز حظر الإدلاء بالشهادة الجبرية. وذلك بأن نكرأ عن يتسمون بها، كافة المخاطر الناجمة عن شهادتهم التي قد تدبهن. ويتعين بالتالي أن تكون حصانة مطلقة، فلا تصرف إلى جريمة بذاتها دون غيرها^(٤).

(١) Hoffman v. United States, 341 U.S. 479 (1951); United States v. Murdock, 284 U.S. 141 (1931).

(٢) Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٣) Emspak v. United States, 349 U.S. 190 (1955).

(٤) Counselman v. Hitchcock, 142 U.S. 547 (1892) Blau v. United States, 340 U.S. 159 (1950). See also Friendly, The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change 137 U.CIN. L. Rev. 671 (1968).

وتعطى هذه الحصانة عادة في الجرائم الخطيرة التي يحيطها الغموض، والتي يتعذر كشفها بغير الحصول على معلومات عنها من الأشخاص الذين تورطوا فيها^(١). ويفترض إعمال هذه الحصانة في الدول الفيدرالية، أن تنبسط مطلتها ليس فقط في مواجهة قوانين الولاية التي يدلون بشهادتهم في إقليمها، ولكن كذلك على صعيد القوانين الفيدرالية، وذلك حتى لا تكيد السلطة أيا كان موقعها، من ثمار هذه الشهادة في اتهام جنائي لاحق يتصل بمن أدلى بها^(٢).

وإذا كان ما تتوخاه الحصانة المشار إليها، هو أن تهمد لتحقيق الأغراض المقصودة منها في مطاردة الجناة وتعقبهم وتقديمهم إلى القضاء لمحاسبتهم عن جرائمهم، فإن الشهادة التي تشملها هذه الحصانة تفرض صدقها، لا أن تكون شهادة زور لا قيمة لها^(٣).

إذا لم تكن ثمة حصانة خلعتها الدولة على الشاهد، فإن حمله على الشهادة التي لا يريد إعلانها، موداه اعترافه جبراً Coerced Confession بالجريمة. ذلك أن الإقرار الحر بها، يفترض ألا يكون وليد إغواء رولو كان مؤقتاً- ولا نتاج وعيد يؤثر في حرية الاختيار بما يشوهها أو يسلطها^(٤).

يفترض في إقرار المتهم بالجريمة بعد فترة طويلة من احتجازه في مقر الشرطة، وبغير محام، ودون اتهام، أن هذا الإقرار قد صدر عوة^(٥). ولا يعتبر حمل المتهمين على الشهادة ضد إرادتهم، قرين تنزيههم للإقرار بالجريمة التي دخلوا فيها. وإنما يكلفهم فقط هذا الحمل بالشهادة ضد أنفسهم، وإنما تحملهم هذه الشهادة بما لا يطبقون لأهم يدينون أنفسهم بأنفسهم^(٦).

ويلاحظ أن هذا الامتياز ليس ضماناً ضد الاحتجاز العام للجاني مخفية، أو تهكماً. ولا صلة له كذلك بشخصية المتهم. ولكنه يكفل عدم استخدام الشهادة التي أدلى بها كدليل ضده - لا ضد غيره - في اتهام جنائي بما يجرده المشرع، والمحكمة، وسلطة الاتهام، من الحق في حمل المتهم على أن ينطق بما لا يريد لضمان حمايته ضد أشكال مختلفة من ضغوط السلطة وسوء موازينها في التقدير، ولتقيم حاجزاً بينها وبين المتهم، مانعاً إياها ليس فقط من استخدام شهادة مغتصبة في توجيه اتهام مباشر، ولكن كذلك من توليد دليل غير مباشر منها بذن به.

(١) Kastigar v. United States, 406 U.S. 441 (1972).

(٢) Murphy v. The Waterfront Commission of New York, 378 U.S. 52 (1954).

(٣) Shatwell Mfg. Co. v. United States, 371 U.S. 342 (1963).

(٤) Hopt v. Utah, 110 U.S. 574 (1884).

(٥) McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943).

(٦) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

ذلك أن الأدلة التي تقدمها المطعة ويجوز قبولها قانوناً، هي التي تحصل عليها من مصدر مشروع يستقل كلية عن الشهادة التي حمل المتهم علي الإدلاء بها^(١).

وسواء أثار المتهم هذا الامتياز داخل ولاية في منظومة فيدرالية، أو علي صعيد محكمة فيدرالية، فإن مقاييس تطبيقه واحدة، ولو تطرق الحمل علي الشهادة بمرحلة التحقيق في الجريمة، وكان سابقاً بالتالي علي مرحلة الاتهام^(٢).

المطلب الرابع

التفاوض مع المتهم للإقرار بجريمة عقوبتها أكل، لا يناقض

امتياز حظر الحمل علي الشهادة

٧٧٨- وليس لهذا الامتياز من صلة بعملية التفاوض Plea Bargain. التي تتم بين سلطة الاتهام والمتهم، والتي تتوخي بها إقناع المتهم بأن يقر بارتكابه لجريمة عقوبتها أكل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها أصلاً.

ذلك أن عملية التفاوض هذه، وإن أقرتها بعض النظم القانونية حتي يتوفي المتهم -حال نجاحها- مدداً طويلة للحبس الاحتياطي، ومصبيراً مجهولاً بقرارن محاكمة طويلة إجراءاتها، معقدة دروبها، غير معروفة سلفاً بنتيجتها؛ وحتى تقتصد سلطة الاتهام إجراءاتها وتختصرها لتوفر أموالاً طائلة تنفقها في مجال التكليل علي صحة التهمة التي نسبها إلي متهمها؛ وحتى يطمئن الجمهور إلي أن الجناة سيودعون المسجون بما يقيد حرياتهم كبديل عن إطلاق سراحهم بكفالة يكونون بها أحراراً في كل طريق، عابثين بكل القيم إلي حين مثولهم أمام المحكمة؛ وكان إقرار المتهمين -ومن خلال عملية التفاوض هذه- بالجريمة الأقل وطأة من تلك التي صدر بها قرار الاتهام، يفترض أن يكون هذا الإقرار حراً -لا إملاء- وألا تخل سلطة الاتهام بالاتفاق الذي تم بينها وبين المتهم من خلال عملية التفاوض تلك التي يعطي فيها كل من طرفيها ويأخذ Give and take. إذ هو وعد منها عليها أن تنفذ؛ فقد تبن القول بأن امتياز عدم جواز إدلاء المتهم بشهادة يريد كتمانها، يغير تماماً عملية التفاوض المشار إليها آنفاً، سواء في أهدافها أو نتيجتها.

(١) أنظر في ذلك الرأي المخالف للقاضي Douglas في قضية:

Kastigar v. United States, 406 U.S. 441 (1972).

(٢) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

ذلك أن عملية التفاوض تلك، غايتها أن يوازن المتهم بين رجحان إدانته بالجريمة التي اتهم بها إذا تأثر على إنكارها، وبين احتمال الحكم ببراءته منها. وهو ينظر بالتالي في العرض المقدم من سلطة الاتهام ليقر مختاراً بجريمة عقوبتها أقل.

ولا كذلك امتياز المتهم بأن يظل صامتا، إذ هو ضمان ضد حمل المتهم جبرا على الشهادة، وليس منخلا لإقناع المتهم بالإقرار بجريمة أقل في عقوبتها من تلك التي قام الاتهام عليها^(١).

وما أراه هو أن عملية التفاوض هذه - وإن أقرتها بعض النظم القانونية - إلا أن شبهة مخالفتها للدستور يظاهرها أن للمتهم يفاضل - من خلال عملية التفاوض - بين إنكار الجريمة التي اتهم بها وبين خوفه من أن يدين عنها ولو كان بريئا، ليحملة هذا الخوف على الإقرار بجريمة لم يرتكبها لمجرد أن عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة التي اتهم بها، ولو لم يكن قد تورط فعلاً فيها.

المطلب الخامس

نطاق امتياز حظر الحمل على الشهادة

٧٢٩- ويبطل كل تعليق يصدر عن سلطة الاتهام في شأن امتناع شخص عن الشهادة جبرا، ويبطل كذلك كل توجيه يصدره القاضي لهيئة المحلفين بأن سكوتهم دليل جرمهم.

ذلك أن هذا التعليق أو التوجيه من بقايا نظام للدلالة الجنائية يقوم على مطاردة الجناة من خلال ترويعهم بقصد انتزاع أقوالهم وإزهاقهم وتعذيبهم للإقرار بالجريمة Inquisitorial system of criminal justice وهو كذلك يتمحض عقابا ضد أشخاص يركنون إلى امتياز مقرر لهم بنص في الدستور. ومؤد فضلا عما تقدم، إلى إعانتهم ليحملهم بما لا يطبقون^(٢).

ولا يجوز الركون إلى هذا الامتياز لصحية شخص آخر، ولا لحمل العاملين في الدولة على التخلي عن العملية التي يكفلها، والإدلاء بأقوال في شأن أوجه نشاطهم التي انخرطوا فيها، ولا أن تفصلهم الجهة التي يعملون بها، إذا تمسكوا بذلك الامتياز^(٣).

(١) Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971); Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977); See also T. Mason & William M. Beane, American Constitutional Law, 6th ed. 1978, P. 669.

(٢) Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

(٣) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967); Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967).

ويلاحظ أن هذا الامتياز مقرر في التحديد الخامس للدستور الأمريكي وبالرغم من صراحة هذا التحديد في تعلق حكمه بالإجراءات الجنائية Criminal proceedings، إلا أن من الثابت اليوم أنه صار مقررا في القضايا المدنية، وأمام هيئة المحلفين الكبرى وللملحجان التشريعية. انظر في ذلك: Antieau, Modern Constitutional, Law, Volume one, 1969 P.195.

٧٣٠- ويظل محظورا حمل شخص علي الشهادة، ولو لم تكن كافية بذاتها لتقرير مسؤوليته عن الجريمة. ذلك أن الفصل في كفايتها أو في قصورها عن إثباتها، غير منتج في تحديد نطاق تطبيق هذا الحظر. ويظل هذا الحظر قائما ولو كان من شأن الشهادة التي يبلي الشخص بها، مجرد إيضاح الصلة التي تربط الدلائل اللازمة للاتهام ببعضها، لتجمعها سلسلة واحدة متصلة حلقاتها^(١).

Answers which would have furnished a link in the chain of evidence needed in a prosecution.

وإذا قيل المتهم للشهادة أمام المحكمة، اعتبر ذلك فقط نزولا عن امتياز عدم جواز الحمل عليها في شأن الجريمة التي قبل للشهادة بشأنها، وليس بالنسبة إلى غيرها من الجرائم التي لا ترتبط بها. فإذا أعطي طوعية الشهادة للموثة، لم يعد من حقه الامتناع عن الرد علي الأسئلة التي لن تغير مركزه في الجريمة التي أقر بها^(٢).

٧٣١- وأكثر ما تظهر فيه قيمة هذا الامتنياز، عند التحقيق مع المتهم بعد احتجازه وتقييد حريته بوجه أو بآخر Custodial interrogation. ومبادرة رجال السلطة القائمين علي تنفيذ القانون، بتوجيه أسئلتهم إليه. ذلك أن حقهم في توجيه أسئلتهم هذه، معلق علي تحذيره بأن من حقه أن يكون صامتا، وأن كل قول يصدر عنه، قد يؤخذ ضده، وأن من حقه الحصول علي مشورة محام، سواء كان معينا أو ملجورا.

ولمن احتجز علي النحو المتقدم، أن يسقط هذه الحقوق كلها أو بعضها بشرط أن يكون حر الإرادة، وأن يكون للنزول عنها بعد العلم بحقيقتها.

وعلي رجال تنفيذ القانون الامتناع عن توجيه أسئلة إلي المحتجز لديهم إذا أبلغهم بعزمه عدم الرد عليها قبل مثول محاميه، ولو كان قد أجاب قبل حضوره علي بعضها.

ذلك أن حظر الحمل علي الشهادة مؤاده، أنه كلما أبان المحتجز سواء قبل أو أثناء سؤاله عن رغبته في أن يظل صامتا؛ فإن كل الأسئلة يتعين وقفها. ويفترض بالتالي أن كل بيان يبلي به بعد تمسكه بامتنياز عدم الحمل علي الشهادة، هو نتاج قهر، فلا يؤخذ به^(٣).

٧٣٢- وفي مصر تنص المادة ٤٢ من الدستور الدائم علي أن المواطنين لا تجوز معاملتهم سواء حال القبض عليهم أو حبسهم أو تقييد حريتهم علي وجه آخر- بما يخل

(١) Blau v. United States, 340 U.S. 159 (1950).

(٢) Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٣) Miranda v. Arizona, 304 U.S. 436 (1966).

بكرامتهم. ولا يجوز كذلك إيداعهم بدنياً أو معنوياً، ولا احتجازهم أو حبسهم في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم المسجون، ولا انتزاع أقولهم تحت وطأة شيء مما تقدم أو التهديد بشيء مما تقدم؛ وإلا تعين إعادتها وعدم التعويل عليها.

ويدخل في مفهوم هذا النص، الحمل على الشهادة، إذ هي أقوال تؤخذ من المواطنين جبراً عنهم، لأنها تقتزع تحت وطأة إكراه أو تهديد بإيداع بدنياً كان أو معنوياً— فلا تقوم لها قائمة.

ولا يجوز كذلك أن يتدخل المشرع في أوراق خاصة، ليلزم مالكوها أو حائزها بتقديمها، ولو كان ذلك بقصد معرفة صور من التعامل أثبتتها. ذلك أن حظر إدلاء الشخص بشهادة كنيته، مبناه نص في الدستور لا يجوز أن يخل به المشرع.

المطلب السادس

صور من التحقيق لا يشملها الامتنياز

٧٣٣- ولأن الجناة كثيراً ما يتركون في مسرح الجريمة آثاراً تدل عليهم يندرج تحتها بصماتهم وأقلامهم في تنفيذها، وأحاديثهم التي تبادلوها وسمعتها آخرون، وانطباع أقدامهم التي خلفتها أحذيتهم، وما نطقوا به أو دونوه في مكان الجريمة، وملامحهم وأقنعتهم ونوع ملابسهم التي ظهروا بها وهم يقدمون عليها؛ وكان المتهمون بالجريمة هم عادة جنائتها المحتملون، فإن القلع بمن يكون من بينهم قد انخرط فيها، يقتضى من جهة التحقيق، ومن المحكمة ذاتها، التي يمثلون أمامها، أن تبذل كل جهد تفصل به بين متهمين أو مشبوهين لا شأن لهم بالجريمة، وآخرين من بينهم، أو من غيرهم، مسؤولين عنها، وكانوا أطرافاً فيها.

ولا يكون ذلك إلا بفصلها بين هؤلاء وهؤلاء، من خلال وسائل متعددة، يندرج تحتها صفهم مع آخرين، وخططهم ببعض Lineup، حتى يحدد شهود الرؤية من كان من بينهم ضالماً في الجريمة.

وقد تقارن جهة التحقيق أو المحكمة بصماتهم وآثار أقدامهم، بتلك التي خلفها الجناة من ورائهم، أو تستكتبهم للفصل في تطبيق عبارة دونها أحد الجناة مع خطهم، أو تسجل أصواتهم أو تكلفهم النطق بكلمة بعينها بقصد تعيين صاحبها؛ أو تعيد ملامحهم إلى صورتها الحقيقية التي حاولوا إخفاءها، كنزع لحاهم أو شواربهم التي كانوا قد أطلقوها بعد ارتكابهم الجريمة.

فمثل هذه الأعمال التي يحمل المتهمون على القيام بها -والتي يدخل فيها مراقبتهم في مشيبتهم إذا كان أحد الجناة معوقاً أو ذو مشية خاصة- لا شأن لها بالشهادة التي يكرهون على الإدلاء بها بما يدينهم بسببها، ولا صلة لها كذلك بخواص حياتهم التي يريدون كتمانها، وإنما هي أعمال غير مقصودة لنفسها، تنحصر غايتها في الفصل بين فريقين لأحدهما دور في الجريمة، ولا صلة للفريق الآخر بها.

ومن ثم تتصل هذه الأعمال بمظاهر خارجية كان للجناة عليها، أو محاطين بها أثناء ارتكابهم لها. فلا تتوخى غير تحديد شخصياتهم من خلال آثار مادية خلفوها، أو صورة مرئية كانت عليها ملامحهم التي شوهدوا بها^(١). An identifying physical characteristic. كان يطلب من أحد المشتبهين إطلاق لحيته، أو تغطية وجهه بمنديل كان قد شوهد به أحد الجناة وقت الجريمة. وكل ذلك جائز قانوناً، ولا يتصل بالحمل على الشهادة.

المطلب السابع

التمييز بين الشهادة المحظورة وغيرها

٧٣٤- ولا تزال غير مقطوع بها، فواصل التمييز بين شهادة محظورة إذا حمل عليها المتهم، لاحتمال أن يدان بسببها؛ وبين أعمال يجوز حمل المتهمين على القيام بها، فصلاً فيمن يكون من بينهم متصلاً بالجريمة، أو غير مرتبط بها.

وكثيراً ما يقع التداخل بين الأمرين. فأخذ عينة من دم سائق ضبط متربحاً وهو يقود سيارة في الطريق العام، جائز في مفهوم كثير من النظم القانونية باعتباره عملاً منفصلاً عن شهادة قد يدان المتهم بسببها إذا حمل عليها^(٢).

وفصلاً في هذا التداخل، يتعين القول بأن مكافحة الجريمة، وإن اقتضى تحديد أشخاص مرتكبها كخطوة هامة على طريق القبض عليهم ولتقصاص منهم؛ إلا أن هذا التحديد بغير من كل الوجوه، حملهم على أن يشهدوا ضد أنفسهم بأنفسهم^(٣).

(١) United States v.Wade. 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v.Californio, 388 U.S. 263 (1967).

(٢) Schmemmer v.California. 384 U.S. 757 (1966).

هذا وقد قرر للقضاة المخلعون لحكم المحكمة في هذه القضية، بأن تحليل العينة التي تؤخذ من دم السائق، تدبئه بالضرورة عن مخالفة قوانين المرور إذا كان حقاً مضموراً أثناء القيادة.

(٣) United States v.Wade. 388 U.S. 218 (1967).

ويتعين بالتالى أن يكون لحظر الإدلاء بالشهادة المؤثرة، دائرة منطقية لا تعطل أو تعرقل أعمالاً لا شأن لها بها، غايتها مطردة الجناة وتعتيمهم.

المطلب الثامن

مضمون الشهادة التى يحظر حمل المتهم على الإدلاء بها قهراً

٧٣٥- وللشهادة التى يحظر حمل المتهم عليها، تتناول تصرفاته السابقة على الجريمة، كالتحضير لها، أو المعاصرة للجريمة، كمرافقة الطريق كى ينفرد الجناة بغريمهم؛ أو التى ثلثها إذا كان لها صلة بها، كإخفاء أشياء مسروقة متحصلة منها.

وهى كذلك شهادة لا يجوز صرفها -إذا قبل المتهم باختياره الإدلاء بها- إلى غير الجريمة التى تتعلق بها. ذلك أن حظر الحمل على الشهادة من الحقوق الشخصية التى يجوز لكل منهم النزول عنها اختياراً". فإذا نزل عن هذا الامتياز، فإن الشهادة التى يدلى بها تتناول كل واقعة تتصل بالجريمة التى قبل الشهادة عنها، ليس فقط فيما هو عريض من خطوط هذه الجريمة، بل كذلك فى أدنى تفصيلاتها^(١).

ولا يعتبر نزولاً اختيارياً عن هذا الامتياز، تهديد جهة العمل لأحد العاملين بها -بطريق مباشر أو غير مباشر- بالفصل من وظيفته إن لم يدل بشهادة تطلبها، قد يدان بسببها. ذلك أن ولاء لها أو نقتها به، لا يجوز أن يصير مشكوكاً فيه لمجرد تمسكه بامتياز عدم الإدلاء بالشهادة الجبرية، وإلا صار ثمن الاحتجاج به تخييراً للقلم بالعمل العام، بين أن يظل صامتاً فلا يدان، أو أن يتكلم، ليحاكم. وهو ثمن باهظ لا يجوز القبول به^(٢).

وكل شهادة يدلى بها المتهم باختياره يجوز الأخذ بها، ولو تعدد من خلالها تشويه بعض الحقائق التى أفصح عنها^(٣).

ذلك أن هذا الامتياز -وعلى الأكل فى جنوره التاريخية- لا يتوخى حماية الخطأين، وإنما هو مقرر أصلاً لمصلحة الأبرياء الذين تصيبهم السلطة بإسهاب وتفرغهم بضراوتها، فلا يجدون غير صمتهم ملاذاً لهم فى مواجهتها، حتى لا تؤخذ عليهم كلمة ينطقون بها، ولو انزلوا إليها. وغير صحيح بالتالى القول بأن الذين يتمسكون بذلك الامتياز، يتعمدون طمس الحقائق أو تحريفها لإخفاء جرائمهم.

(١) Marchetti v. United States, 390 U.S. 39 (1968); Rogers v. United States, 340 U.S. 367 (1951).

(٢) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967).

(٣) Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967).

المطلب التاسع

حظر الحمل على الشهادة لأيقوم في المواد المدنية

٧٣٦- وإذا كان الامتناع عن الشهادة -في إطار اتهام جنائي- حق لكل شخص قد تؤخذ شهادته على محمل الإقرار بجريمة يكون قد ارتكبها، وكان لا يجوز لسلطة الاتهام، ولا للمحكمة الجنائية، أن تعلق على هذا الامتناع، بما يضر بالمتهم، ولا أن تستخلص من صمته قرينة على تربيته في الجريمة؛ إلا أن الامتناع عن الشهادة في المواد المدنية ليس كذلك، إذ يجوز للقاضي، ولكل خصم في الخصومة المدنية، أن يستبطن من هذا الامتناع، كل نتيجة منطقية يمكن ربطها به.

المطلب العاشر

أهمية الامتياز

٧٣٧- وقد نظر البعض إلى امتياز حظر الإدلاء بالشهادة المؤتمنة، بأنه أحد أبرز النقاط في كفاح الإنسان لجعل نفسه مدنيا. وصار هذا الامتياز كافلاً حرية الأفراد جميعهم؛ وعائفاً ضد تدخل الدولة في طرائقهم في التعبير عن الأفكار التي يؤمنون بها^(١).

وقرر آخرون أن هذا الامتياز يرد صف الدولة، ويمنعها من أن تطلق تحرياتها دون قيد، لتقال من الأفراد في خواص حياتهم، متخفية في ذلك وراء عباءة القانون^(٢) ومن ثم تبدو أهمية هذا الامتياز ليس فقط في أنه يعصم الفرد من تدخل رجال الشرطة بتحرياتهم المرفقة -وغير المبررة أحيانا- في كثير من شئون حياته؛ وإنما لأن من أثره أن يحجز الدولة بكل سلطاتها ولجهزتها، عن إقرار قانون تحمل به أحد الأفراد على تقديم بيان، أو الإدلاء بشهادة، أو الإعلان عن محادثة أجراها؛ إذا آل هذا البيان، أو الشهادة، أو الاتصال، إلى تجريمه، سواء كان موضوع هذا القانون قضائياً، أم تأديبياً، أم إدارياً، لم كان الجزاء المقرر به متضمناً الحرمان من الانخراط في عمل.

ذلك أن ما يتوخاه امتياز حظر الشهادة المؤتمنة، هو حماية الفرد من مواجهة المخاطر الحقيقية للتجريم الذاتي التي ينزلق إليها من خلال هذه الشهادة. ويتعين بالتالي، تنبيهه قبل توجيه أية أسئلة إليه، إلى حقه المقرر دستوريا في ألا يشهد بغير ما يريد.

(١) E.Griswold, The Fifth Amendment Today, 7 (1955).

(٢) Imly, The Paradoxical self-Incrimination Rule, 6 Miami law Quarterly, 147 (1952).

المطلب الحادي عشر

المخاطر التي يثيرها امتياز الحمل على أداء الشهادة

٧٣٨- ولعل أكثر المخاطر التي يثيرها هذا الامتياز، هي التي تتعلق بتوجه كثير من النظم القانونية -في عموم تطبيقاتها، وفي مجال تنظيمها لبعض المهن والأعمال- إلى تكليف من يباشرونها بتقديم بيانات عنها يندرج تحتها إمساك أوراقها و سجلاتها ووثائقها التي تكشف حقيقة إيراداتهم الخاضعة للضريبة على الدخل، أو نوع منتجاتهم وتاريخ إنتاجها وطرق صيانتها، ووسائل تصريفهم لمخرجاتها من المواد الملوثة. وكذلك أوضاع وشروط العمل فيها، وطبيعة القروض التي يحصلون عليها. وقد يعلق المشرع مباشرة المهنة أو الحرفة على ترخيص.

ففي هذه الأحوال جميعها، قد يتحقق خطر توجيه الاتهام إلى هؤلاء وهؤلاء من أجل إخفائهم بيانا كان عليهم أن يقدموه، أو ارتكابهم جريمة كشفتها سجلاتهم.

ويتعين بالتالي تحقيق نوع من التوازن بين ضرورة ضبط صور من التعامل والعلاقات القانونية في إطار ينظمها من جهة؛ وبين الحماية التي يكفلها الدستور لكل فرد ليحول بها دون تجريمه تَجْريماً ذاتياً من جهة أخرى. ويتحقق هذا التوازن بشرطين:

أولهما: أن يكون ضبط الأفراد لسجلاتهم هذه في المهن التي يباشرونها، موافقاً أعرفها.

ثانيهما: أن يكون طلبها منهم متوخياً التحقق من أمور لها طبيعة تنظيمية، لا جنائية.

وفي إطار هذين الشرطين، يجوز أن يكون حفظ السجل مطلوباً تنفيذاً لنظم قانونية قائمة، وبالشروط التي تبينها.

فلا يعتبر التحقق من تولفها أو تخلفها، إخلالاً بامتياز حظر الشهادة المؤتمنة ما لم تكن عملية التسجيل في ذاتها، مؤدية إلى التجريم. وهو ما يتحقق بالنسبة إلى الأشخاص الذين يحوزون أشياء بالمخالفة للقانون، كأسلحة غير مانون لهم بالاتجار فيها، أو أجهزة قمار ممنوع تداولها بنص في القانون.

ذلك أن حملهم على حفظ سجل بها، أو تقديم بيان لمعاملاتهم بشأنها، مؤداه سوقهم إلى دائرة الاتهام الجنائي.

وصار ثابتاً بالتالى امتناع إقرار قانون يكون من وجهه، أو بالنظر إلى أثره، منطقياً على مخاطر حقيقة بالتجريم الذاتى^(١).

وعلى الأخص لا يجوز لقانون منطو على جزاء -ولو كان اقتصادياً في طبيعته- أن يفرض على المخاطبين به أحد خيارين: إما رفض الاتصايع لأحكامه، أو القبول بها بما قد يجرمهم شخصياً.

(١) فإذا أُلزم المشرع التقنين على صناعة معينة بإسلاك سجل تدون فيه البيانات المتعلقة بمستوى الملوثات التي يصوبها في أحد المجاري المائية، فإن موقفهم من هذا الالتزام، إما الامتناع عن إسلاك السجل حتى لا يقيموا تحت طائلة القانون إذا كانت هذه الملوثات تزيد عن المسموح بها، أو إيساكه لتدينهم البيانات الواردة فيه.

وفي قضية: Alberston v. SACB, 382 U.S. 70 (1965).

قضى بمحس دستورية قانون أُلزم منظمة بتسجيل أعضاء الحزب الشيوعي المنتمين إليها على أساس إخلال هذا القانون بالحظر المقرر دستورياً ضد الحمل على الشهادة.

على مجرد انزلائهم في جرائم سابقة^(١)، ولا أن يعاقبهم المشرع من جديد عن جرائم استوفوا للقصاص عنها^(٢).

٢. صور من الأفعال يجوز تأنيبها

٧٤١- وفي إطار ضوابط الدستور، فإن الكلمة التي تنطق بها، يجوز تجريمها إذا كان من شأنها الدعوة إلى الجريمة أو التحريض عليها أو التجهيز لها، وعلى الأخص كلما كان هدفها تقويض النظم القائمة -لغالباً عليها- بغير الوسائل السلمية.

١ - جواز تأنيب صور التعبير التي يقارنها خطر قائم وحال

والدستور بذلك يطلق حرية الكلمة من عقابها بشرط ألا تقارنها مخاطر واضحة، وحالة يتحذر نوقتها Clear and present danger، كذلك التي تتهدد بها مصلحة قومية حيوية؛ أو التي تتل من أعراض الناس وحرمانهم تشويها لسمعتهم وتحقيراً لشأنهم بين ذويهم.

وإذا كان الدستور يجيز الكلمة كأداة للتعبير، إلا أن قسوها يفقدها قيمتها. وهي إذ تتحدر إلى الضغائن الشخصية، فإن دورها كأداة للتعبير، يتقلص إلى حد كبير.

ويتعين بالتالي أن يرتبط للتدخل بالقوانين الجزائية في حرية التعبير، بدواعي المصلحة التي تتوخى هذه القوانين حمايتها.

فما لم يكن التعبير عميقاً في شره وخطره، داهماً في أثره على مصلحة لها اعتبارها، فإن تجريم هذا التعبير يكون محظوراً.

وهو ما يصدق كذلك على حرية الاجتماع التي لا يجوز لقانون أن يجتثها من منابئها من خلال حظر اجتماع معين، أو تقييده في غير ضرورة.

٧٤٢- وقد يتخذ التعبير صورة تنظم مقدم من فرد إلى السلطة من جور أصابه، تشكيا من أضراره، وطلباً للتعويض عنها. ومثل هذا التنظيم لا يجوز تقييده، إذ هو اختفاء بالسلطة العامة التي يفترض صولها لحقوق مواطنيها ومصلحتهم بشرط أن يكون موقفاً^(٣).

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية "مستورية" - جلسة ٢ يناير ١٩٩٣ - قاعدة رقم ١٠ - ص ١١٤ وما بعدها من المجلد الثاني من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية "مستورية" - جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤٨ - ص ٧٣٩ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) تنص المادة ٦٣ من الدستور على أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة ويتوقعه.

فإذا أجابته على تظلماتهم تلك بما يدل على عدم لكتراثها بها، أو حاسبتهم عنها؛ أو أهملتها كلية بالنظر إلى مضمونها، أو حدة عبارتها أو لزوجها عما تراه لاتقا من أصول مخاطبتها؛ حملتهم بتصرفاتها هذه، على تجنبها، أو على الثورة عليها، بعد تخليها عن همومهم ومتاعبهم.

ب- جواز حظر المطبوع الداعر

قد يعطى إنسان غيره مادة تنقسم بالمجون والخلاعة أو يبيعه أو يسلمها إياه، وهو يعلم بمحتواها، سواء كان قد خلق هذه المادة من خلال عمل من أعمال الإبداع لثاء، أو كان قد صورها أو سجلها أو أعدها في شكل مطبوع يقرأ وينشر، أو عرضها في مسرح أو في مرقص، أو حازها بقصد توزيعها ونشرها، أو تملكها ليروجها على نحو أو آخر.

ففي هذه الفروض جميعها، لا يتم المطبوع بالمجون، إلا إذا كان في مجموع محتواه سر على ضوء مقاييس البالغين من أوساط الناس الذين يطبقون القيم المسائدة في المنطقة الإقليمية التي يتواجدون فيها - يستعمل بصورة ظاهرة، من يتلقاه من الأشخاص الذين تملكهم الأفكار الشهوانية وتستبد بهم. فلا يكون المطبوع بهذه الخصائص يبلور محتواه - ذا قيمة أدبية أو علمية أو سياسية أو اجتماعية لها شأن. ويؤخذ في تحديد قيمة المطبوع بمحيط نشره، وبالطريقة التي يعرض بها، وبالقصر المتاحة لتوزيعه.

والجريمة التي تتعلق بالمطبوع الماجن أو الفاجر أو الفاسق، جريمة عديدة. ولا تتوافر بالتالي إلا إذا كان الشخص الذي تدخل في هذا المطبوع - سواء يبيعه أو يشرائه أو يعرضه أو ينشره أو يتألفه أو بتسجيله أو بالتعبير عن محتواه في صورة حركية أو في شكل رسم أو على نحو آخر - يتوخى أن يثير شهوة الآخرين الذين يتلقونه^(١).

وتجريم التدخل في المطبوع الداعر على النحو المتقدم البيان، ليس منافيا لحكم العقل، ذلك أن الدولة مصلحة مشروعة في حظر نشر المواد التي تدخل بالحياة العام كلما كان عرضها أو توزيعها أو توصيلها إلى الآخرين على نحو ما، مؤذيا بصورة واضحة مشاعر غير الراغبين في تلقيها، أو يعرض لمخاطر الجروح صغارا، لم يكتل فهمهم لحقائق الحياة^(٢)، وليس لهم من قوة الإرادة ما يعزلهم عن صور الإغواء التي لا تليق بهم.

(١) M. Cherif Bassiouni, Substantive Criminal Law, 1978, p.376.

(٢) Stanely. Georgia, 394 U.S. 557, 567 (1969).

ومن ثم لا يعتبر حظر المطبوع الداعر Obscene Material منافيا لحرية التعبير. ذلك أن الدستور، وإن كان يكفل الحماية للآراء التي تبغضها وتلك التي تزدريها أو التي تطرح في مناخ عام لا يقبلها؛ إلا أن حدود التأثير التي يبذلها المطبوع الداعر، ليس لها حماية من الدستور.

يؤيد ذلك أن ضمان الدستور لحرية الصحافة ولحرية القول بوجه عام، تغيا ضمان التبادل غير المعاق للآراء من أجل تغيير الأوضاع القائمة -أو على الأقل في بعض جوانبها- وفق ما تراه الجماهير ملبياً لمتطلباتها.

ومن غير المتصور أن تدخل في إطار حرية التعبير، كل مادة تثير -لا بطبيعتها- ولكن من منظور أوساط الناس في المنطقة الإقليمية التي يوجدون فيها لشابقتن جنسياً الذين يرون في فضتها وبذاعتها محركا لشهواتهم. ويتعين بالتالي لتجريم من يتدخلون في المطبوع الداعر -خلقا أو عرضا أو ترويجا- أن تتوفر للشرائط الآتي بيانها:

١. أن يكون العمل -في مجموع محتواه- يحد مثيرا للغرائز ومحركا للشهوة الجنسية من وجهة نظر للشخص المعتاد الذي يطبق علي هذا العمل المستويات المعاصرة للمنطقة الإقليمية التي يعيش فيها. ولا يقصد بالشخص المعتاد في هذا المقام، من يكون مرهفا أو متباداً أو جامداً في مشاعره، أو مغالياً في القيم الخلقية التي يؤمن بها، أو منتصفاً إلى جماعة محدودة لها مثله ومفاهيمها الخاصة التي تغاير تلك التي درج أوساط الناس علي انتهاجها في مظاهر سلوكها كقيم تواضعوا عليها، وحددوا علي ضوئها ما يعتبر خطأ أو صواباً. ذلك أن الشخص المعتاد وفقاً لهذا المعيار، هو من أوساط الناس الذين يشتركون في القيم التي تمثل نهجا مقبولا بوجه عام في المنطقة الإقليمية التي يحرض فيها العمل الفاحش.

وتبدو أهمية الإشارة إلى المنطقة الإقليمية في الدول المترامية أطرافها، والتي تتباين وحداتها الإقليمية في تراثها وعاداتها وتقاليدها وقيمتها، بما يفاير بين بعضها البعض، فلا تجمعها معايير موحدة في شأن ما يعتبر مثيرا للغرائز أو مخلا بالحياء العام إخلالا واضحا.

ومن ثم لا تقوم القيم الخلقية في هذه الدول علي معايير فرضية، ولا علي أسس موحدة تضم شوبها إلى بعضها البعض، رغم اختلافها فيما بينها في أنواقها ومقاييس تطبيقها للأهم التي تسودها. ذلك أن الفلورق الذاتية بينها يستحيل إذابتها. فضلا عن أن من غير المنطقي تصور تحديد طبيعة المطبوع، عن طريق فرض ضوابط جامدة لها طبيعة الإطلاق.

٢. أن يعرض العمل بالكلمة أو الصورة أو بغيرها من صور التعبير -بطريقة فاجرة- السلوك الجنسي محددا وفق ما تقرره القوانين المعمول بها في المنطقة الإقليمية.

٣. أن يفتر العمل -منظورا في ذلك إلى مجموع محتواه- إلى الجدية التي تدل على قيمته الأدبية أو الفنية أو السياسية أو العلمية.

ومن ثم لا تنبسط الحماية المقررة دستوريا لحرية التعبير، لا على الأعمال الجنسية النهائية، السوية منها أو المنحرفة، الفنية منها أو التصنعية، إذا كان تقديمها أو وصفها مخلا بدرجة ظاهرة بالحياء العام؛ ولا على الأعمال التي تتضمن عرضا أو وصفا مثيرا للشهوة سواء للأعضاء الجنسية أو لوسائل الاستثارة الجنسية الذاتية^(١).

وبوجه عام لا تحظى بالحماية المنصوص عليها بالدستور، الأعمال المثيرة للغرائز، والتي يكون عرضها أو وصفها للسلوك الجنسي نابيا عن الخلق، وشائنا، عدا ما يكون لبعضها من قيمة أدبية أو فنية أو سياسية أو علمية، كالمؤلفات الطبية التي تقدم لأغراض تشريح الإنسان، وصفا بالكلمة وبالصورة لدقائق تكوين جسده.

٧٤٣- ولما كان أمر ضوابط المطبوع الداعر، فإن فجره يتحدد على ضوء المفاهيم الاجتماعية القائمة في المنطقة التي يوزع المطبوع فيها. وليس ثمة معيار عام يتصل بدعارة المطبوع ويسمى في كل تطبيقاتها، وإنما تتغير ضوابط دعارة المطبوع في الزمان والمكان والأشخاص. فالمطبوع الداعر في مكان ما، قد يراه آخرون في مكان أو زمن آخر، مقبولا من أوساطهم. فلا يعتد بالقيم الغالبة في مكان وزمن معين، إلا بقدر تلاقيها مع أوساط الناس في هذا المكان والزمان. وكلما كان مقياس أوساط الناس في هذا الزمان والمكان، دالا على أن المطبوع في مجموع محتواه، ينسم بالخروج للظاهر على ضوابط الحياء العام، جاز حظر تداول هذا المطبوع، ولو توافرت له بعض القيمة الاجتماعية.

ج- جواز حظر الرق وغيره من صور التعامل في الأشخاص

٧٤٤- ينال الرق حقيقة أن الناس جميعهم ولدوا أحراراً يتساوون في كرامتهم وفي حقوقهم، وقد وهبهم الله ميزة العقل والضمير لتجمعهم روح الأخوة ببعضهم البعض، فلا ينظر إلى فريق منهم كأشخاص لا يجوز لمسهم^(٢) Untouchable وليس للأخريين حق في معاملتهم

(١) Mishkin v. New York, 383 U.S. 502 (1966).

(٢) التي الدستور الهندي الحظر الذي كان قائما بمنع لمس بعض الأشخاص
Abolition of untouchability

كائشياء يملكونها ويتصرفون فيها، أو يستغلونها، أو ينتزعون منها الحق في الحياة، أو يباشرون عليها حقوق ارتفاق^(١) Servitude. والرق بناء على لون الأشخاص تمييز غير مشروع. وهو في كل صورة محظور، ليس فقط لأنه نوع من السخرة التي لفطنتها الدول جميعها، وإنما لأن الرق في محتواه، إذلال للبشر، وهبوط بأدميتهم إلى أدنى مستوياتها. والذين يملكونهم يباشرون عليهم من الحقوق أوسعها، والتي تصل في مداها إلى حد تضييقهم، أو الإخلال الخطير بتكامل أبدانهم، أو إزهاق أرواحهم بل إنهم يفتصبون زوجاتهم ولايعترفون ببنوة أبنائهم منهن. ويظل الرقيق في أسرهِ عبداً من كل الوجوه. ويطلده سيده إذا فر، ولو كان فراره للحصول على الحرية التي حرم منها. والرقيق دائماً مجرد من كل الحقوق، وعلى الأخص تلك التي تتعلق بإرادة الاختيار، لأنه لايزيد عن مجرد شيء بغير قيمة^(٢).

ودعارة المرأة نوع من الرق يصفها القضاء بالرقيق الأبيض White slavery. وتحرص النظم الوطنية في كثير من الدول على حظره باعتباره تعاملاً في جسد المرأة سـُـلو كانت فتاة صغيرة- لأن من يتودن المرأة إلى هذا المصير يدركون أنهم يعرضونها لاسوأ صور الامتهان لنفسها وكرامتها، وأنهم كذلك يردونها إلى هاوية لا قرار لها فتعرض معها لأمراض قاتلة، ولحياة يظللها الدنس والفجور يزيد من وطأتها انتقالها في الدول الفيدرالية بين ولاياتها المختلفة، وعرضها لبضاعتها على من يطلبها، بما يجعل هذا الانتقال جزءاً من عملية الدعارة يسهلها ويروجها. ومن ثم كان انتقالها سواء لدخل الدولة الوليدة أو فيما بين دولتين، عملاً محظوراً جنائياً بغض النظر عن وسيلة الانتقال التي تعتمد عليها لتحقيق هدفها في عرض نفسها. ويعتبر كذلك عملاً مخالفاً للقانون تحريضها على البغاء أو إكراهها على الدخول فيه، وعلى الأخص إذا كان هذا التحريض أو الإكراه واقعاً في شأن طفل أو فتاة قاصر. وتظل دعارة المرأة عملاً محظوراً، ولو لم تحقق المرأة غرضها من الدعارة. ذلك أن مجرد انتقالها من مكان إلى آخر بقصد تسهيل دعارتها، هو ما تحظره القوانين الجنائية، ولو لم تخالط المرأة الرجال بالقليل دون تمييز، أو خلطتهم على هذا النحو بغير أجر.

ويعتبر المحرضون على الدعارة أو الذين يغوون المرأة بها أو يحملونها عليها، مسؤولين جنائياً عن فعلهم.

(١) انظر المادة ٤ من كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لصحية حقوق الإنسان.

(٢) Dred Scott. v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).

وعلى من يألون امرأة أجنبية، أن يقدموا إلى السلطة المختصة بياناً باسمها وجنسيته
ووقت إيوائها، وغير ذلك مما يكون ضرورياً لتمكين الدولة من فرض سلطتها في مجال حظر
التعامل في الأشخاص، واستغلالهم في الدعارة، بما يحط من كرامتهم. وشأن دعارة المرأة
شأن دعارة الأطفال. بل إن دعارة الأطفال وفجور الرجال أسوأ بالنظر إلى إخلالهما الجسيم
بالحياء العام، وتمردهما على كافة القيم الخلقية^(١).

د- حظر السخرة

٧٤٥- وشأن السخرة، شأن الرق في حظرها جنائياً، ولمتناع فرضها بقانون. ذلك أن
الأصل في العمل أن يكون اختياراً حراً، فلا يدخل فيه أحد قسراً؛ ما لم يكن ذلك تنفيذاً لعقوبة
محكوم بها، أو عملاً طارئاً لمواجهة ضرورة عاجلة لها من حثتها وعظم المخاطر التي
تقارنها، ما يقتضى تكثيل الجهود العمل على دفعها، على أن تكون هذه الأوضاع الطارئة
موقوتة بطبيعتها؛ دائمة بالنظر إلى خطورتها، كدفع غائلة فيضان.

وصار منافياً للدستور تسخير الناس في أعمال لا يقبلون بها، ولو كان ذلك مقابل أجر.
ذلك أن السخرة شبيهة -في مضمونها وآثارها- بحقوق الارتفاق التي يقتضيها المتمتعون بها
من المتصلين بعينها، وكأنهم عقار مرتفق به.

ولا يجوز بالتالي فرض العمل جبراً، على مريض مودع في منشأة صحية للأمراض
العقلية، إذا لم يكن لنوع العمل الذي يؤديه، صلة بعلاجه من عامة العقل التي أصيب بها.

ولكن يجوز فرض الخدمة العسكرية الإلزامية على من تتوافر فيه شروطها. كما يجوز
إيدال هذه الخدمة بالنسبة إلى الأشخاص الذين يرفضون على ضوء عقائدهم، القيام بأعمال
قتالية Conscientious objectors، بخدمة مدنية، فلا يعزرون بامتناعهم عن أدائها.

وللدولة أن تحمل المدنيين بالنفقة -إذا ماطلوا في أدائها بدون حق- على دفعها؛ ولو من
خلال تكليفهم بأعمال تعينها بقصد إرهابهم لضمان إيفائها.

ويعتبر حمل المعوزين على أداء الغرامة المحكوم عليهم بها من خلال عملهم في
السجون -بما يقابل مبلغها- شكلاً من أشكال السخرة التي يلفظها الدستور.

(١) Bassiouni, Substantive Criminal law, (1978) pp.293-294.

هـ- حظر حمل السلاح فيما وراء حدود القانون

٧٤٦- والحق في حمل السلاح مقرر كذلك في دستاير بعض الدول بقصد تكوين ميليشيا منظمة بطريقة جيدة تكفل أمن الدولة الحرة، وتصور بها استقرارها، وبما لا يخل بتنظيم هذا الحق في حدود منطقية وملائمة. كأن تفرض الدولة رقابتها على تداول هذه الأسلحة وتوزيعها من خلال نظم تضبط حركتها، وتسجل صور التعامل فيها، وتقرر نوع الأسلحة التي تجوز حيازتها، وشروط استخدامها.

و- لا يجوز التمييز بغير مبرر بين المسؤولين عن الجريمة

٧٤٧- ولئن كان الأصل في الجريمة، هو معاقبة كافة المتكلمين فيها فاعلين كانوا أم شركاء؛ إلا أن المشرع قد يفرض عقوبتها علي واحد من المسؤولين عنها دون غيره. ولا يعتبر هذا التمييز مخالفاً للمستور إذا كان مبرراً.

٧٤٨- وعلي ضوء هذه القاعدة، يجوز في جريمة الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة القاصر، أن يقصر المشرع عقوبتها علي الرجل وحده، ولو كان قاصراً كذلك وقت ارتكابه لهذه الجريمة؛ وكان قد اتصل جنسياً بها بعد إغوائها إياه^(١).

ذلك أن التمييز بين الرجل والمرأة علي أساس الجنس، وإن اعتبر أصلاً موافقاً للمستور من خلال علاقة منطقية معقولة وواضحة بين أسس هذا التمييز والمصلحة التي يستهدفها المشرع؛ وكان يتعين بالتالي لحمل هذا التمييز، أن يرتبط بعلاقة جوهريّة لها صلتها الوثني بالأغراض الهامة التي يتوخاها^(٢). فلا يمايز المشرع بينهما وفق أسس تقوم علي التعميم، ولا سند لها من الفوارق الطبيعية لكل منهما؛ وكان التمييز في جريمة الاتصال الجنسي غير المشروع بين الرجل والمرأة القاصر علي أساس الجنس، مردد أن المرأة القاصر هي ضحيتها، والرجل هو مرتكبها. وهو بعد تمييز يؤيده مصلحة ظاهرة يستهدفها المشرع، وتظاهره ليس فقط التقاليد الاجتماعية، ولكن كذلك الحقيقة الفسيولوجية التي لا نزاع فيها، والتي تتمثل في أن المرأة وحدها هي التي تعاني آثار هذه الجريمة. فهي التي تتحمل في مقبل عمرها، للتكلفة النفسية لحملها غير المشروع. وقد تواجه ضرورة الإجهاض ومخاطره. وهي وحدها التي تنوء بمسئولية تربية طفلها. وقد يلقي في عرض الطريق بالأطفال غير الشرعيين الناجمين عن هذا الحمل.

(١) Michael M.v.Superior Court, 450 U.S. 464 (1981).

(٢) Stanton v.Stanton, 421 U.S. 7 (1975); Reed v.Reed, 404 U.S. 71 (1971).

ويتعين بالتالي أن ينظر إلى التمييز القائم على الجنس، لا باعتبار أن الشبهة كامنة فيه، وإنما ينبغي التركيز في مجال تقدير دستورية هذا التمييز، على الحد الأدنى للعلاقة للمنطقية بين التقسيم الذي أنشئ به المشرع من ناحية، والنتائج التي رتبها المشرع على ذلك التقسيم من ناحية أخرى. وإذا اقتص المشرع الرجل وحده بالعقوبة التي فرضها على الاتصال الجنسي غير المشروع بالمرأة القاصر، فقد دل بذلك على توجيهه إلى إنشاء الرجل عن إتيان هذه الجريمة، حتى يقي المرأة القاصر مخاطر الحمل غير المشروع.

وهي مخاطر تتحملها وحدها دون غيرها، ويزيد من وطأتها تفاقم ظاهرة الحمل غير المشروع -بطريقة مأساوية- خلال العقدين الأخيرين، مخلفة وراءها أثراً خطيرة لكل من المرأة ووليدها، والدولة التي تقيم فيها كذلك. ذلك أن عدداً كبيراً من اللاتي حملن سفاحاً، أجهضن أنفسهن. والأولاد غير الشرعيين الذين نجموا عن هذا الحمل، مرشحون في الأعم لتعليهم للدولة بما يزيد من أعبائها. والمرأة وحدها هي التي تتحمل وحدها النتائج السيئة التي يسفر عنها الاتصال الجنسي بها، سواء من الناحية الجسدية أو العاطفية أو النفسية. وهي تحمل في سن تكون فيها هذه النتائج قاسية عليها بصورة واضحة. فإذا اختار المشرع معاقبة المسام الذي يعاني أثل سبب كونه ذكراً - من نتائج سلوكه، فإن اختياره يكون مبرراً وواقعاً في نطاق سلطته التقديرية^(١).

وليس مجافياً للمنطق، أن يستبعد المشرع من نطاق التجريم، الأثنى القاصر التي أراد أن يحميها، والتي يمثل احتمال حملها من جراء هذا الاتصال، رادعاً كافياً لها. وهو رادع طبيعي لا يتوافر عند الرجل.

وتقرير جزاء جنائي على الرجل وحده، هو الذي يتحقق فيه بشكل عام التعادل في مجال الردع بين الجنسين. ولا حاجة فيما يراه الطاعن من أن النص المطعون فيه، كان ينبغي توسيعه ليشمل كلا من الرجل والمرأة كشرط لدستوريته. ذلك أن تشريعاً محايداً يكتل مساواة الرجل والمرأة في مجال الاتهام الجنائي عن الواقعة الإجرامية ذاتها -وهي واقعة الاتصال غير المشروع بالمرأة- أن يحقق الأغراض التي أبتناها المشرع من التجريم. وذلك لأمرين:

أولهما: أن تعميم الجزاء الجنائي ليشمل طرفي الاتصال، سيدفع المرأة حتماً لعدم الإبلاغ عن جريمة الاتصال الجنسي بها. وإن يكون هذا التعميم بالتالي على ذات الدرجة من الفعالية التي بلغها النص المطعون فيه.

(١) Arlington v. Metropolitan Housing, 429 U.S. 252, (1977).

ثانيهما: أن الرقابة القضائية على الدستورية لا يعنيها أن يكون النص المطعون فيه أكثر كمالاً، ولكنها تركز على حقيقة قانونية، هي ما إذا كان هذا النص -في الصيغة التي أدرج فيها- قد ألزم القيود التي نص عليها الدستور^(١). فضلاً عن أن تشريعاً محايداً في هذا الاتجاه، أن يحقق المصلحة التي كان يبتغيها المشرع من تنفيذه. بل إنه مما يناقض هذه المصلحة، إقرار نص تشريعي يبلغ من الاتساع درجة يصبح معها غير قابل للتنفيذ.

والقول بأن النص المطعون فيه، قد جاوز إطاره المنطقي بما توخاه من تجريم الاتصال الجنسي بالمرأة، ولو لم تصل إلي مرحلة البلوغ الطبيعي التي تكون معها قدرة على الحمل، مردود بأن الأنثى صغيرة السن تتعرض لمخاطر جسدية من جراء هذا الاتصال.

وليس من المقبول كذلك استبعاد الأنثى الصغيرة التي لا تحمل، والتي تم اغتصابها من مجال تطبيق القانون المطعون فيه، وقصر العقوبة التي فرضها على الأنثى الأكبر سناً منها.

ولا وجه فيما يردده الطاعن من أن القانون المطعون فيه يفترض إغواء الرجل للمرأة القاصر ثم اغتصابها. إذ لا يقوم هذا القانون -بوجه عام- على هذا الافتراض. ولكنه يعكس محاولته منع حمل الأنثى للمرافقة عن طريق رادع إضافي يوجهه إلى الرجل كي يردعه عن الاتصال الجنسي معها. وهو اتصال لابد أن يؤدي للثمرة التي حرص المشرع على تجنبها ممثلة في الحمل، وبمراعاة أن للرجال جميعهم البالغين طبيعة، يستوون في القدرة على إخصابها.

ومن ثم لا يقيم القانون المطعون فيه تمييزاً أهوج متسماً بالرعونة ضد المرأة. بل نقض ذلك هو ما توخاه هذا القانون من خلال أعباء يفرضها على الرجل، ولا يلتقيها على المرأة أو تقاسمه هي فيها^(٢). ليعكس هذا القانون حقيقة أن آثار الاتصال الجنسي الذي جرمه، تنوء المرأة بأثقالها أكثر من الرجل.

٣. الضابط العام في دستورية القوانين الجنائية

٧٤٩- وعلي ضوء المرض المتقدم، نتحدد دستورية القوانين الجنائية من جهة مضمونها وصور الجزاء التي تقارنها بمراعاة ما يأتي:

(١) Kahn v. Shevin, 416 U.S. 356 (1974).

(٢) Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 690 (1973).

ولاً: أن الضرورة الاجتماعية هي التي تلهيها مادتها. فلا يؤيد الدستور قولين جنائية تنقض هذه الضرورة أو تدخل بها.

ثانياً: أن ما تتحقق في مجال القانون الجنائي من تطور، يعطي أهمية كبيرة للقيم الخلقية التي لا يجوز لهذا القانون أن يغض بصره عنها بقدر اتصالها بمصالح أساسية للجماعة لها اعتبارها. كذلك فإن ما تحقق من الفاحية التاريخية سواء في مجال مفاهيم الأفعال التي تكون مادة الجريمة أو القصد الجنائي المقارن لها، أو الأعذار القانونية التي تلبسها، لا يدعو أن يكون تطويرا لوسائل غايتها تحقيق نوع من التوازن بين الأغراض التي تنوخواها القوانين الجنائية من ناحية، وبين وجهات النظر المتغيرة في شأن طبيعة الإثم من النواحي الدينية والخلقية والفلسفية والطبية. وهي توازن يجريه المشرع ويدخل في نطاق سلطته التقديرية، كلما كان تدخله لإجراء هذا التوازن منطقياً.

ثالثاً: أن القصد الجنائي، يبلور أكثر العناصر تعقيداً في المجال الجنائي، باعتباره منفصلاً بالحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين أقدم مختاراً على إثبات الفعل الموثم قانوناً. وكانت تلك الحالة أدخل إلى العوامل الشخصية التي يتعين تمييزها عن العوامل الموضوعية التي تعكس مادية الفعل أو الأفعال التي ارتكبها، والتي يكون الرجوع إليها وتقييمها كاشفاً عادة عما غناه منها، وقصد إليه من وراء مقارفتها. ومن المفترض أن الجاني إذ أراد إثبات فعل أو أفعال بذولتها، فقد قصد إلى نتيجتها؛ ومن ثم يكون توافر هذا القصد - فيما أتاه الجاني من أفعال - هو القاعدة العامة، وليس الاستثناء منها.

وهو استثناء لا يقوم بالضرورة، ولا يتصور عقلاً، إذا كانت إرادة الجاني تبلور لنصراتها إلى إثبات أفعال محددة، بغرض إحداث نتيجة إجرامية بعينها.

وإنما ينحصر هذا الاستثناء في حدود ضيقة، تقوم الجريمة غير العمدية على إهمال نوع من الرعاية كان ينبغي أن يلتزمها الجاني فيما أتاه، لتكون الجريمة عندئذ عائدة في بنائها إلى الخطأ، وجوهرها أعمال يخالطها سوء التقدير، أو ينتفي عنها الاحتراس والتبصر، أو تتمحض عن رعونة لا حذر فيها.

ومن ثم أحاطها القانون الجنائي بالجزاء، مُحددًا ضابطها العام بما كان ينبغي أن يكون سلوكاً لأوساط الناس، يقوم على واجبهم في التزام قدر معقول من التحوط (Ordinary reasonable person's standard of care). لتمثل الجريمة غير العميدة انحرافاً ظاهراً عن ذلك للمقياس، يتحدد بقدرة، نوع للجزاء عنها، ومقداره.

A deviation from and proportional to the level of established standards of reasonable care in conduct.

ومن ثم يكون الفارق بين عمدية الجريمة، وما دونها، دلفراً أصلاً -بروجه عام- حول النتيجة الإجرامية التي أحدثتها.

فكلما أُرِيدَها الجاني وقصد إليها، موجهها جهده لتحقيقها، كانت الجريمة عمدية.

فإن لم يقصد إلى إحداثها، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحوط لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية. ويتعين أن يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التي تكونها، وهي عناصر لا يجوز افتراضها أو افتعالها، ولا نسبها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسؤولاً عن نتائجها، إذا انفك اتصالها بالأفعال التي أتاها.

ذلك أن مسؤوليته الجنائية عن هذا الخطأ، مسؤولية شخصية لا تقوم إلا بتوافر أركانها *Pas de peine sans culpabilité*. وهي بعد مسؤولية يحققها القاضي، ويستمد عناصرها من عيون الأوراق، ليكون ثبوتها يقينياً -لا ظنياً- ضماناً لصون الحرية الشخصية التي كفلها الدستور، وتوكيداً لامتناع تنقيدها بغير الوسائل القانونية السليمة التي لا يترخص أحد في التحلل منها.

وما تقدم مؤداه، أن الجرائم غير العمدية لا تقوم إلا على الخطأ؛ وأن صورته على اختلافها يجمعها معيار عام يتمثل في تحريفها عما يعد وفقاً للقانون الجنائي، سلوكاً معقولاً للشخص المعتاد؛ وأن هذه الصور على تعددها، تتباين فيما بينها سواء في نوع المخاطر التي تقارنها، أو درجتها.

ويتعين بالتالي أن يتدخل المشرع ليحدد ما يكون من صور الخطأ مؤشراً في تقديره، مع بيان عناصره التي لا يجوز افتراضها، وإما يتعين تعيينها قطعاً لكل جدل حول ماهيتها، توفيقاً لاتباسها بغيرها، وتعييناً جلياً لما ينبغي على المخطئين بالنصوص العقابية أن يأتوه أو يدعوه من أفعال.

رابعاً: لننصح القول بأن العلائق التي ينظمها القانون الجنائي، في مجال تطبيقه على المخطئين بأحكامه، محورها الأفعال ذاتها، في علاماتها الخارجية، ومظاهرها الواقعية، وخصائصها المادية؛ إلا أن مادية الأفعال التي تكون الجريمة، هي التي تستخلص محكمة الموضوع منها توافر القصد الجنائي أو تخلفه. ذلك أنها تجيل بصرها في الواقعة التي قام الاتهام عليها، لتحدد من خلال استقراء عناصرها، ما قصده للجاني من وراء ارتكابها. ومن

ثم تعكس هذه العناصر تعبيراً خارجياً ومادياً عن إرادة واعية. ولا يتصور بالتالى وفقاً لأحكام الدستور، أن توجد جريمة فى غيبة ركنها المادى، ولا أن يقوم الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم، والنتائج التى أحدثها، بعيداً عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه.

A persons' intent in any regard is to be inferred from his conduct and ordinarily can be proven only by circumstantial evidence. Regardless of whether intent is general or specific, intent is proven to the trier of facts by the conduct of the actor which represents an objective, tangible manifestation of behavior assumed to be reflection of his or her mental state.

خامساً: إذا كان الأصل فى الأفعال التى أتاها الجانى، أن تكون تعبيراً مادياً وخارجياً عن إرادة واعية لا تنفصل عن النتائج التى أحدثتها، بل تتصل بها وتقتصد إليها، أو على الأقل أن يكون بالإمكان توقعها، فقد تعين على ملطة الاتهام أن تبرهن على كل واقعة ضرورية لقيام للجريمة المدعى ارتكابها، بما فى ذلك للقصد الجنائى إذا كان مطلبها فيها. وبغير ذلك لا يهدم أصل البراءة التى يفترضها الدستور فى كل فرد. وهى البراءة التى لا تقوم فى غيبتها ضوابط الشرعية الجنائية ومتطلباتها فى مجال صون الحرية الشخصية وكفالتها^(١).

فضلا عن أن أصل البراءة -وهو يتصل بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها، وليس بنوع أو قدر العقوبة المقررة لها- مؤداه ألا تعتبر واقعة تقوم بها الجريمة، ثابتة بغير دليل فلا يفترضها المشرع^(٢).

وكما قام الدليل على أن الجريمة محل الاتهام من الجرائم العمدية، فإن على المحكمة أن تتحقق فى إطار الأكلة التى تطرح عليها، من أن المتهم كان حين ارتكابها مدرأاً حقيقتها بصورة يقينية -لا ظنية- متجها إلى تحقيق نتيقتها.

ذلك أن الجريمة العمدية تقتضى علما من الجانى بعناصر الجريمة التى ارتكبها، فلا يقدم عليها إلا بعد تقديره لمخاطرها، وعلى ضوء الشروط التى أحاطهاها المشرع بها، فلا تكون نتيقتها غير التى قصد إلى إحداثها^(٣).

(١) "مستورية عليا" القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٩ - ص ١٤٤ من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ - قاعدة رقم ١٩ - ص ٢٨٦ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) الحكم السابق.

فإن لم تكن الجريمة عمدية، بل كان قولها إهمال نوع من الرعاية التي تطلبها المشرع، فإن الخطأ يكون جوهرها.

فإذا لم يبين المشرع هذا الخطأ -في محتواه وعناصره- كان التجريم مخالفاً للدستور^(١).

سائلاً: مما يناقض للدستور، أن يفترض المشرع توافر القصد الجنائي في جريمة عمدية، إذ يعتبر ذلك إخلالاً بالمهام التي تقوم عليها السلطة القضائية، وبالحدود التي فصل بها بين ولايتها، واختصاص السلطة التشريعية^(٢).

سائلاً: يتعين في الجرائم العمدية، أن يكون القصد الجنائي للجاني، معاصراً سلوكه Concurrence of conduct and intent. ذلك أن سلوكه وحده لا يقيم هذه الجريمة.

وإنما يشكلها عنصران متكاملان، يبلور كل منهما أصداء الآخر ويعكسها A reflection and manifestation of the other، لتتضاد بهما معاً علاقة السببية بين الفعل ونتيجته.

ذلك أن الجريمة العمدية، لا تفترضها الصدفة Coincidence، ولا تقتضيها عوامل الحظ Fortuitousness.

ثامناً: لا يجوز افتراض القصد الجنائي من خلال قرينة قانونية تحكمية. ذلك أن هذا القصد إرادة داخلية تتمثل في نفس الجاني وتحيط بما أتاه من أفعال. وهذه الأفعال وحدها هي التي تنشئ من خلال تطلُّبها -بما قصده الجاني حقيقة منها.

(١)، (2) القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" -جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ ص ١٤٢ وما بعدها من الجزء رقم ٨ من مجموعة أحكام المحكمة.

الفصل الخامس

القوانين الجنائية من جهة لغتها وأسلوب تطبيقها

المبحث الأول

شرط الإخطار في القوانين الجنائية

٧٥٠- تفيد القوانين الجنائية الحرية الشخصية بصورة خطيرة. ويتعين بالتالي أن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بمضمونها حتى لا تخفى عليهم حقيقتها.

ويعتبر هذا الإخطار شرطاً جوهرياً في النظم الجنائية جميعها، وتردده كذلك قواعد القانون الدولي العام. ولا يتحقق هذا الإخطار بداهة في جريمة لم يصدر بها قانون Nullum Crimen Sine Lege، ولا في جريمة بغير عقوبة Nullum Crimen Sine Poena، ولا في عقوبة فرضها المشرع بغير قانون Nulla Poena Sine Lege.

بيد أن وجوب شرط الإخطار يظهر على الأخص في صورتين: تبلور أولاهما القوانين الجنائية التي طال إهمالها من خلال التخلي عن تطبيقها فترة طويلة من الزمن؛ وثلايتها القوانين الجنائية التي يشوبها الغموض، وذلك كله على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

القوانين الجنائية التي طال زمن التخلي عنها

The Concept of Desuetude

٧٥١- تفترض بعض النظم القانونية أن التخلي عن تنفيذ بعض القوانين الجنائية لفترة طويلة من الزمن تنصل حلقاتها بغير لقطاع، هو إلغائها بصورة ضمنية.

فإذا عاد القائمون على العمل العام إلى تطبيقها، بعد أن وفر في أذهان المخاطبين بها، زوالها، كان ذلك تنفيذاً انتقائياً لهذه القوانين بخل بشرطي الوسائل القانونية السليمة، والحماية القانونية المتكافئة. ذلك أن تطبيق تلك القوانين التي طال إهمالها، مؤداه إخضاع فريق من المواطنين لأحكامها، وإغفاء آخرين من سطوتها، بما يخل بتساويهم أمام القانون، ولا يوفر إخطاراً كافياً بأن القوانين الجنائية النائمة أو الهامدة، لا تزال تظل برأسها، لتقبض بمخالبها على المخالفين لها.

بل إن إيقاظ القوانين النائمة من غفوتها، أو إحيائها من جديد بعد همودها، يعدل في أثره القوانين الجنائية التي يشوبها الغموض.

ذلك أن غموض هذه القوانين يخول القائمين على تطبيقها، تنفيذها بطريقة انتقائية. كذلك فإن إنفاذ القوانين الجنائية للخامسة، موداه أن هذه القوانين -وأيًا كان قدر وضوحها في لغتها وطريقة صياغتها- لن توفر للمخاطبين بها إخطاراً كافياً بنواهيها. ذلك أن إنفاذها في زوايا الإهمال والتجاهل، ينقلص بحثها من جديد، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التي يقوم تطبيقها على التحكم، كليهما ينقلص شرط الإخطار الكافي بمضمونها، ويخل بالمعاملة القانونية المتكافئة التي لا تجيز للتمييز بين مراكز قانونية تتحدد عناصرها، من خلال يد شريرة تفارق بينها^(١).

المطلب الثاني

القوانين الجنائية من جهة غموض معانيها

٧٥٢- تقتضى للوسائل القانونية المسلمة في جوانبها الإجرائية، أن تصاغ القوانين الجزائية على نحو يكون مبنياً عن حقيقتها ونطاق تطبيقها، وبما يوفر إخطاراً كافياً Fair Notice بأوامرها ونواهيها.

فلا يلاحق أحد عن أفعال لم يجرمها المشرع؛ ولا عن أفعال أغفل تقرير عقوبتها التي لا ينفصل التجريم عنها؛ ولا أن يجهل المشرع بالأفعال التي لئها، فلا يكون بيانها جلياً، ولا تحديدها قاطعاً أو فهمها مستقيماً، بل منيها خافياً. ومن ثم يلتبس معناها على أوساط الناس الذين لا يتميزون بعلو مداركهم، ولا يتسمون بالحدارها، وإنما يكونون بين ذلك قولاً.

فلا يقفون من النصوص العقابية على دلالتها أو نطاق تطبيقها، بل يكون حدسهم طريقاً إلى التخبط في شأن صحيح مضمونها ومراميتها، بعد أن أهمل المشرع في ضبطها بما يحدد مقاصده منها بصورة ينصم بها كل جنل حول حقيقتها، مما يفقد هذه النصوص وضوحها وبقينها، وهما مطلبان فيها؛ ويجعل تطبيقها من قبل القائمين على تنفيذها عملاً انتقائياً، يندفعون فيه بأهوائهم ونزواتهم الشخصية، بما يبلور في النهاية خيالاتهم التي يتصيدون بها من يريدون، فلا تكون القوانين الجنائية غير شراك لا يأمن أحد معها مصيراً، وليس لأبهم بها من نذير^(٢).

(١) يقول الدكتور شريف بسيوني في صفحة ٥٨ من مؤلفه في شأن القوانين الجنائية الموسومة أن من الأفضل وضع قاعدة عامة في شأن القوانين الجنائية التي طال زمن لتخلي عنها، حاصلها أن تعتبر هذه القوانين ملغاة ما لم يتدخل المشرع ليحيد إقرارها من جديد.

(٢) دستورية عليا -لقتضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧- القاعده رقم ٤٧-ع ٧٠٩ وما بعدها من الجزء الثامن من أحكام المحكمة.

يؤيد ذلك أن القوانين الجنائية تنال من الحرية الشخصية بطريق مباشر أو غير مباشر، بالنظر إلى القيود التي تفرضها عليها، وهي قيود خطيرة في مداها. وقد تصل إلى حد إزهاق أو إزهاق الحق في الحياة. ويتعين بالتالي -ضمنان هذه الحرية والإرساء لبعدها التي تملئها طبيعتها- أن تكون درجة اليقين في القوانين الجزائية أظهر منها في غيرها من القوانين، فإذا لم تتوافر فيها خاصية اليقين هذه، مثلها لتجهيل وفي ذلك إطماس لحقيقة الأفعال التي قام التجريم على أساسها.

٧٥٣- وسواء اتصل هذا لتجهيل بأحد عناصر الأفعال التي أمها المشرع أو بمكوناتها جميعا أو بتعيين مكان وقوعها إذا كان حدوثها في مكان معين، شرط لتجريمها، فإن محتاها أو مكان وقوعها يظل مشوبا بالغموض، بما يناقض الشرعية الجنائية التي تفترض مقابيس صارمة في مجال ضبطها حتى لا تتداح معاليلها أو تكفرط. ويتعين بالتالي أن تستلهم هذه القوانين الحقائق التي تصاغ على ضوءها، والتي تتمثل علها فيما يأتي:

أولاً: أن القيود على الحرية الشخصية لا تعتبر أصلا فيها. وكلما كانت القوانين الجنائية مصدرا لهذه القيود، فإن المخاطر التي تتهدد بها الحرية الشخصية قد تصل في مستوياتها إلى حد اقتلاع هذه الحرية من مذابقتها.

ويتعين بالتالي أن تكون هذه القيود جلية في مضمونها، لأنها تحدد نواز عينا أن نتجنبها، وأفعالا لا يجوز تركها. ذلك أن القيود الجنائية تتعلق بفعل أو بامتناع عن فعل. ويتعين بالتالي إيضاحهما بأكبر قدر من التحديد.

ثانياً: أن غموض القوانين الجنائية، يحررها من الضوابط المحددة لنطاق تطبيقها. فلا يبصر القائمون على تنفيذها مجال سريتها، ولا تظهر هذه القوانين عملا في الصورة التي أرادها المشرع منها بالنظر إلى فهمها على غير حقيقتها.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن غموض النصوص الجنائية، مؤداه ألا يبصر القضاء حقيقتها، وإنما يطبقونها في صورة تختلط ألوانها وظلالها، فلا يكون هذا التطبيق قائما على قواعد صارمة معانيها، فاطمة دلالتها. ليظهر القضاء عملا وكأنهم يشرعون يختارون بأنفسهم لكل جريمة أركانها.

وفضلا عما تقدم، فإن لغموض النصوص الجنائية مخاطر لا يستهان بها، أهمها أن الذين أخطأوا فهمها من المخاطبين بها، قد يقعون عن مباشرة أفعال دخلتهم شبهة تأنيها، وإن أجازها القانون بمعناه العام. فلا يكون موقفهم من هذه النصوص غير تخطيط في حقيقة

معانيها، بما يعطل الأغراض الاجتماعية التي تستهدفها، وأهمها ردع المخالفين لنواهيها وحملهم على النزول عليها.

ثالثاً: وإذا كان غموض النصوص الجنائية Vagueness. مؤداه التجهيل بكنهها واضطرابها في تحديد حقيقة نواهيها؛ فإن تميمها Overbreadth يفقد اتساع عبارتها وفرطتها، واتداح دائرة تطبيقها، ليختلط ما هو مشروع من الأفعال، بما لا يجوز منها. وفي ذلك خطر كبير على حقوق المواطنين من ناحيتين:

أولاهما: أن اتساع النصوص العقابية في عباراتها، مؤداه تعدد تأويلاتها، وانجرافها لتأكل في طريقها حقوقاً كفلها الدستور لأصحابها، كحرية التعبير والحق في التنقل.

ثانيتهما: أن اقتحامها -وبالنظر إلى اتساع عباراتها وانفراط قواها- حقوقاً كفلها الدستور، مؤداه أن تتدخل السلطة القضائية بنفسها، لتحدد بمعايير تصلفها، نطاق الدائرة التي تتصور أن المشرع قد قصد إلى تجريم الأفعال الواقعة في محيطها، لتحل إرادتها في التجريم محل إرادة السلطة التشريعية. فلا تنقرر الجريمة بقانون، ولا بناء على قانون. وإنما يكون التأثيم عملاً قضائياً، بما يهدم الحدود التي فصل الدستور بها بين ولاية كل من هاتين السلطتين.

رابعاً: وسواء تعلق الأمر بغموض النصوص العقابية أو باتدبايحها، فإن ثمة حقائق قانونية لا يجوز إغفالها، هي:

١. أن ما يصيبها من عوار غموضها أو تميمها، يتعين أن يكون عيباً كامناً فيها، ليرد في مصدره إليها، لا إلى طريقة تطبيقها أو كيفية فهمها.

ذلك أن النصوص الجنائية التي حدد المشرع نواهيها بصورة قاطعة؛ وبين معانيها بما لا يؤذن بتدخلها في منطقة ألحها الدستور والقانون، أو تشابكها معها، لا يجوز تعييبها دستورياً، ولو أخطأ المخاطبون بها، أو القائمون على تطبيقها فهمها، أو أساءوا تأويلها.

٢. أن غموض النصوص العقابية أو تميمها، يجمعها انقلاصها عن الأغراض التي تستهدفها القوانين الجنائية في انتقائها لأفعال بذواتها قدر خطورتها على نظم الجماعة وقيمها.

٣. كذلك فإن خفاء معانيها أو اتساعها، مؤداه أن المخاطبين بها لا يتلقون من السلطة التشريعية إخطاراً كافياً بحقيقة نواياها. في ذلك تهديد للحرية الشخصية التي يتعين أن تكون

القيود التي تفرضها القوانين الجنائية عليها؛ قاطعة مضامينها؛ جلية عباراتها بما لا يلبسها بخبرها^(١).

٤. أن تحديد الجرائم وعقوباتها، وإن كان مما يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يمارسها المشرع في مجال تنظيم الحقوق؛ إلا أن هذه السلطة حدتها قواعد الدستور، التي لا تجيز تقييد حقوق المواطنين أو حرياتهم إلا في حدود ضيقة تستلهم نفوسها من الضرورة الاجتماعية التي تبلور الدائرة التي تعمل الحرية المنظمة في إطارها^(٢).

The essential purpose of a Constitution is to afford the maximum opportunity for individual freedom within a scheme of ordered liberties.

ذلك أن مناط دستورية النصوص العقابية، هو إبانته عما هو جائز وعما يكون محظوراً. وليس لطمسها في معانيها، واختلاطها بخبر الدائرة التي تعمل فيها، غير عنوان غير مباشر على الحرية الشخصية، يزيد دون مقتض من نطاق القيود التي تفرض عليها.

يؤيد هذا النظر، أن للنصوص العقابية التي تجهل بالأفعال موضوعها، أو التي تردّها إلى غير المجال المنطقي لتطبيقها، شأنها شأن النصوص الجنائية التي تطبق على أفعال لم تكن وقت ارتكابها، معاقبة عليها. ذلك أن مخاطر هذه النصوص في هاتين الحالتين، واحدة لأنها تأخذ المخاطبين بها بأفعال كانوا غير مندرجين بعواقبها، بما يناقض مبدأ شرعية الجرائم وعقوباتها كأصل في النظم الجنائية جميعها.

خامساً: أن شرط الوسائل القانونية السليمة، يفترض في النصوص الجنائية أن تكون صريحة في بيان الأفعال التي جرمتها حتى تخطر للمخاطبين بها - وبصورة كافية - بمظاهر سلوكهم التي يتعين عليهم تجنبها. ولا يجوز بالتالي أن تتخبط مفاهيمها بين الحل والتحریم، لبنيهم على أوساط الناس لإدراكها، بما يطمعهم يختلفون في موقفهم من نطاق تطبيقها. إذ ليس من السياسة الجنائية في شيء، أن يتصيد المشرع لشخصاً غير حذرين بطبيعتهم The unwary لا يستبصرون مخاطر غموض النصوص الجنائية أو تسببها. ويقعون بالتالي في حبالها.

سادساً: أن الدساتير جميعها، تتوخى أن تكفل لمواطنيها، أكبر الفرص التي يبشرون من خلالها حرياتهم، في إطار من الحرية المنظمة^(٣).

(١) "دستورية عليا" - القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية - جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ - القاعدة رقم ١٧ - ص ١٥٤ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) Bassiouni, Criminal law and its Processes, 1974, P. 40.

(٣) Winters V. New York, 333 U.S. 507, 515-16 (1948).

ويتعين بالتالي أن تفرض الجهة القضائية أكثر صور رقابتها صرامة على القيود التي يوردها المشرع في شأن حرياتهم هذه، ليس فقط من جهة مضمون هذه القيود أو محتواها؛ ولكن كذلك من ناحية درجة اليقين التي تطرحها، والتي لا بد من أن يوفق المخابرون بها سلوكهم معها.

سابعاً: إن العقوبة الجنائية -بالنظر إلى طبيعتها- لم تكن عبر مراحل مختلفة من التاريخ، غير أداة للطغيان والاضطهاد، بوجهها المستبدون فيما وراء أغراضها الاجتماعية، لتعبر عن إرادتهم في التسلط على الآخرين، وعن مفاهيمهم في التحرش بخصومهم والبطش بهم.

وظل الطغاة في مواقعهم لا يريمون عنها، وازدادوا بها علواً حتى بعد اجتياحهم حقوق المواطنين وحرياتهم من خلال العقوبة التي لودوها بأهوائهم.

بيد أن تطوراً عميقاً طرأ على المفاهيم القديمة لتحل محلها قيم مختلفة؛ أهمها الإيمان بأن للحياة قسمين؛ وأن الحرية آفاقها وحرمانها التي لا يجوز أن تخط موازينها؛ وأن الطبيعة المدنية للحقوق الأساسية لكل فرد، لازمةا للتكثيف منها والعمل على صونها؛ بما يحفظ للناس كرامتهم في مواجهة سوء استعمال العقوبة، وتحويل أهدافها أو تشويهها.

وقد آل تركم هذه القيم وتماسكها، إلى خلق أنماط جديدة للحياة تبنتها الأمم المتحضرة في مظاهر سلوكها، وعلى الأخص من خلالها حزمها في ضبط الأفعال التي تجرمها العقوبة بما يحكم معانيها فلا تنفرط؛ وبما يخلق نطاق تطبيقها على الدائرة المقصودة أصلاً؛ منها؛ وعلى نحو يكفل إخطار اللجنة المحتملين، بطبيعة هذه الأفعال ونتائجها فلا تتحدد قوالبها في صورة جامدة، ولا تنمرد صيغها على حكم العقل؛ ولا تدخلها نزوة تحرفها عن مقاصدها.

ذلك أن التجويل بالأفعال التي تؤتمن للنصوص الجنائية، مؤداه ألا يتجنبها حتى الأسوياء الذين يلتزمون بحكم القانون، ولا يعصون لأمره.

ولن يبصر القضاء والمحققون كذلك حقيقة الجرائم التي يؤخذ المشرع المتهمين بها. ومن المقصود بالتالي أن يضطربوا في فهم أركان الجريمة التي منعهم المستور من مقاضاة المتهم عنها أكثر من مرة. Double Jeopardy

وفضلاً عما تقدم، فإن غموض النصوص الجنائية، مؤداه فهمها على أكثر من وجه. وفي ذلك إخلال بضوابط المحاكمة المنصفة التي لا يستقيم تطبيقها بغير الوسائل القانونية.

السليمة، وعلى ضوء القواعد القانونية عينها، وبما لا يخل بموازين العدل حتى فيما بين المتهمين أنفسهم.

ثامناً: أن جريمة احتجاز لجان تقصى الحقائق التي يشكلها البرلمان، والتي يبدان بها الأشخاص الذين يرفضون الإجابة على أسئلتها، تفترض أن يكون موضوع التحقيق واضحاً حتى لا يتخبط أوساط الناس في فهم محتواه؛ وحتى تتعلق به الأسئلة التي توجهها هذه اللجان إلى من تستدعونهم للشهادة أمامها.

ولا كذلك أن يكون موضوع التحقيق مستعصياً على التحديد الجلى المستقيم. إذ لا يتصور أن يبدان بجريمة احتجاز هذه اللجان، من يرفضون الإجابة على أسئلتها في شأن تحقيق تتناقض عناصره، أو يغم عليهم فهم المسائل التي يتناولها. كذلك لا تقوم جريمة احتجاز هذه اللجان، ولو كان موضوع التحقيق جلياً، إذا كانت أسئلتها لا تتعلق به.

ثامساً: وليس أشد خطراً على حقوق الأفراد من القوانين الجنائية التي شابها الغموض. ذلك أن التباسها عليهم يحملهم على التحوط من الوقوع في مخالبتها، والتخلي بالتالي عن كثير من حقوقهم وحرياتهم كحرية التعبير، وحرية الصحافة، وحرية الاجتماع. وفي ذلك نقول المحكمة الدستورية العليا:

لا يجوز أن تعرقل النصوص العقابية -من خلال انتهاء التحديد الجازم لضوابط تطبيقها، حقوقاً كلها الدستور، كالحق في التنقل، أو ضمنها القانون الدولي العام- كالحق في أن تباشر السفن الأجنبية حق المرور البريء The right of innocent passage في البحار الإقليمية؛ وحق المرور العابر The right of transit passage في المضائق الدولية؛ وحرية الملاحة البحرية في المناطق البحرية الواقعة فيما وراء حدود الولاية الوطنية^(١). ذلك أن التجهيل بالنصوص العقابية، يجعل القضاء مكلفين بتحديد معناها ونطاق تطبيقها، لتحل إرادة القضاء محل إرادة المشرع فيما لا شأن لهم به.

وفي ذلك خروج بالقوانين الجنائية عن حقيقة مهامها التي تنحصر في تحديد دائرة المخاطبين بها تحديداً قاطعاً لمنعهم من أفعال لا يجوز اجتماعياً التسامح فيها بالنظر إلى تعديها على حقوق وحرمانات لا يجوز الإخلال بها؛ وإخلالها كذلك بالقيم التي أرستها الجماعة أسلوباً لحياتها، وتأكيداً لحقيقة أن القوانين الجنائية لا يجوز للنظر إليها، باعتبارها

(١) القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" -جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤- القاعدة رقم ٢٨ - ص ٣٥٨

وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

مجرد إطار لتنظيم القيود على الحرية الشخصية، وإنما توفر هذه القوانين لتلك الحرية مجالاتها الحيوية من خلال صور الجزاء التي تفرضها على من يتكلمون أبوابها. وفي ذلك ضمان لفعاليتها.

عاشراً: أن وضوح القوانين الجنائية؛ وإن كان مطلوباً لتقرير دستوريتها، إلا أن هذا الوضوح يتعين أن يتوفر كذلك في غيرها من القوانين التي لها صفة الجزاء، ولو لم يكن جنائياً. ذلك أن جميعها ينبغي أن تحدد على وجه اليقين، تطلق الأفعال التي يفضى وقوعها، إلى الجزاء المنصوص عليه فيها^(١).

(١) Jordan v. De George 341 U.S. 223 (1951).

الفصل السادس

إجراءات ما قبل المحاكمة

المبحث الأول

تقييم عام لهذه الإجراءات

٧٥٤- تصاغ القوانين الجنائية الإجرائية لضمان الفصل في الاتهام الجنائي بطريقة منصفة إلى حد النظر إلى هذه القواعد -أحياناً- بوصفها قانوناً لحماية المتهمين.

وإن كان مضمونها في الدول الديمقراطية يغير نظيراتها في الدول الشمولية أو الديكتاتورية التي تعطي الأهمية الأكبر، والأولية الأولى، لأوضاع مجتمعاتها، ولضرورة ضمان استقرارها وتحقيق مصالحها في القبض على اللجاة وإدانتهم.

وهي نظرة منتقدة. ذلك أن مكافحة الجريمة، وإن كان مطلباً للدول جميعها على تباين اتجاهاتها ومذاهبها، إلا أن سعيها لتحقيق هذا الغرض، توزنه حقائق العمل التي يتعين فرضها، وتقيم الكرامة الإنسانية التي لا يجوز التفريط فيها.

وهو ما دعا الدول الأكثر حرصاً على هذه الحقائق، وتلك القيم، إلى جعل نظمها الجنائية اتهامية في طبيعتها، وليس مجرد نظم تنقيبية تطارد المشبوهين وكأنهم اللجاة.

وإلى قواعد القانون العام تترك جملة القواعد الإجرائية المقررة لمصلحة المتهم، ويندرج تحتها ألا يدان متهم بخير قرئ ظرفية متسادة تؤكد ارتكابه للجريمة؛ وألا تزر الجريمة التي ارتكبا وزرين، وأن يفترض توافر أصل البراءة فيه ما لم يكن قد أدين عن الجريمة بحكم بآلت.

ولا يجوز بالتالي أن يدخل في زمرة المجرمين قبل صدور هذا الحكم؛ ولا أن يدان عن الجريمة التي اتهم بها بناء على مجرد الشبهة؛ ولا أن تكون لقرائن الظرفية التي تحيط بالجريمة، متهافة أو يناقض بعضها البعض؛ ولا أن يعتبر مسئولاً عن الجريمة على ضوء واقعة يفيد منها، ولكن اللبابة لم تكشفها، بل أخفتها.

وهذه القواعد -وما هو على شاكلتها- علتها أن الاتهام الجنائي يطرح خصومة بين طرفين غير متساويين هما النيابة بمواردها وسلطاتها التي تتركز فيها عناصر قوتها، والمتهم المائل أمامها، وهو دونها في الوسائل التي يملكها لنقض الاتهام.

إلا أن شرط الوسائل القانونية السليمة يوفر قدرأ من التوازن في الحقوق بين الطرفين. ويتحقق هذا التوازن من خلال حد أدنى من الحقوق التي يكفلها الدستور لكل متهم، من بينها أن يكون محاميه إلى جانبه في مرحلة المحاكمة بكل أجزائها، وكذلك في المرحلة الحرجة التي تنقضيها، وألا يحمل على الشهادة بما لا يريد؛ وأن يواجه شهود النيابة بشهود من عنده؛ وأن يجرح شهودها ليثير شكلاً معقولاً ولمصدقيتهم؛ وألا يفاجأ بواقعة تعزز مركزه في نفي التهمة، ولكن للنيابة أخفها.

المطلب الأول

أهمية الإجراء في المولد الجنائية بوجه عام

٧٥٥- وتدل التجربة على أن مجرد الاتهام بالجريمة قد يلحق بالمتهم أخطر الأضرار والفنحها. ذلك أن الاتهام بها، وإن كان مختلفاً عن الدليل على ارتكابها؛ إلا أن الجماهير في توترها من الإجرام، وغضبها وثورتها على الجناة، كثيراً ما تحيط المتهمين بألوان من المعاناة، وبأجواء من القهر يمايشتونها دون ما جريرة، وكأنهم مذنبون بالاتهام Guilt by Accusation، ولو كان بغير دليل. وليس ذلك غير نكول عن العدل يسحق المتهم بغير دفاع من جانبه.

وقد يحبس المتهم احتياطاً حتى يحاكم ما لم يقدم كفالة للإفراج عنه. وقد يفقد عمله، أو يصد قرار بوقفه عن مباشرته. وقد يثار الغبار حول نزاهته، وتتغير علاقته العائلية والماطفية أو ترتد على أعقابها. وعلى الأخص إذا كان محترفاً لمهنة يقوم الاختيار فيها على حسن السمعة. فالبنوك لا يحبها غير طهارة العاملين فيها ونقاء سيرتهم. فإذا اتهم أحدهم بالاختلاس، فقد وظيفته بها بغير تردد. والاتهام في الصور المتقدمة جميعها، بقعة سوداء لا يزيلها المتهم إلا إذا بذل جهداً متواصلأ لرفعها. والحقوق الإجرائية الكاملة التي تكفلها النساتير للمتهمين، هي وحدها الضمان لإصنافهم ولتحقيق العدالة في محاكمتهم.

ويفترض بالتالي في كل إجراء يتخذ قبلهم أن يكون مقرراً من أجل الوصول إلى الحقيقة، كإفلا موازين الاعتدال في غير أفعال، وبعيداً عن التتكم.

وعلى ضوء هذه الموازين لا يجوز أن ينتزع دليل قهراً ولا قصر تطبيق الوسائل القانونية السليمة على المتهمين. ذلك أن مفاهيمها تحيط بالقضاء والمطفين والمشرعين، على تقدير أن كل ضمانات إجرائية، لها صلة وثيقة بحقائق العدل التي لا يجوز التفريط فيها. وهو ما تؤكد قراءة وثائق إعلان الحقوق التي نكل أحكامها على أن غالبيتها من طبيعة إجرائية.

بل إن الإجراء -وكما كان منصفاً- هو نقطة الفصل بين النزوة وإعمال حكم القانون.

والتواعد الإجرائية في تطبيقها المباشر، هي التي تكفل عدالة متكافئة يظنها القانون. Equal Justice Under Law. ومن ثم كانت العدالة الإجرائية، عنصراً رئيسياً في مفهوم الوسائل القانونية السلمية.

وإذا كان القضاء يترددون كثيراً في إبطال القوانين الجنائية الموضوعية بالنظر إلى تعلق محلها في كثير من الأحيان بالسياسة التشريعية التي ينتهجها المشرع في كثير من الشؤون التي يحيط أكثر من غيرها بها، كتتظيم الاقتصاد؛ إلا أنهم ينفرون سريعاً لمواجهة كل خلل في القواعد الإجرائية التي فرضها^(١). بل إن ضمانهم الحرية الشخصية، يقتضيهم تطبيق هذه القواعد في مجموعها، فلا يؤخذ ببعض جوانبها. وإنما النظرة الكلية الشاملة لكافة مفرداتها، هي التي تعينهم على إدارة العدالة الجنائية وفق متطلباتها^(٢).

وإذا كان الناس بوجه عام يختلفون حول السياسة التشريعية الضريبية مثلاً، إلا أنهم يلتفتون حول حقيقة لا نزاع فيها، حاصلها أن القواعد الإجرائية التي لا تحكم فيها، هي المدخل إلى إنصافهم والطريق إلى ضمان عدالة منصفة، في مواجهة سوء استعمال السلطة البوليسية التي لن يكبحها غير شرط الوسائل القانونية السلمية، وحيدة القضاء واستقلالهم.

والناس جميعهم يدركون مخاطر قرع الشرطة لأبوابهم في ظلمة الليل، واستجوابهم لهم بصورة مرهقة بما يحطم إرادتهم، ومداومتها منازلهم بغير إذن تفتيش، وتقييدهما لحيثهم الشخصية في أماكن الاحتجاز التي تودعهم فيها.

ويمتسحون بالتالي من المستور، كل الحقوق التي تكفل حسن معاملتهم. فلا يدانون بغيا، ولا تدار للعدالة الجنائية علي نحو يؤذن بانحرافها عن غاياتها.

فالحقوق التي تكفلها الدساتير، مقررّة للناس جميعهم أشقيائهم وأبريائهم. والقواعد الإجرائية تظل أفضل الرجال وأسوأهم. فالعدالة للناس جميعهم، وهم متساوون قبلها ليس فقط

^(١) فالمشرع مثلاً قد يضع حداً أقصى للأجور لا يراه قيّداً خطيراً على حرية التعاقد بناء على مصلحة عامة يقرها. وقد ينظر إلى تصرفه كسياسة تشريعية حكيمة. ولا كذلك إنكار حق المتهم في محاكمة منصفة أو في أن يمثل بشخصه في كل إجراءاتها.

^(٢) وشبهه بذلك ما هو مقرر في قضاء محكمة النقض من أنه إذ قام الحكم المطعون فيه على قرآن متساندة، ثم ظهر فساد بعضها أو إبطالها، فقد تعين نقض الحكم إذ لا يعرف مبلغ الأثر الذي كان للدليل الباطل على تكوين عقيدة محكمة الموضوع.

لأنها أكثر ملازمة أو أكثر فاعلية، وإنما كذلك لأن كل مواطن في كنفها يحيا آمناً مطمئناً، ومتمتعاً بكل أوجه الحماية التي كفلها الدستور والمشرع.

المطلب الثاني

أهمية الإجراء في مرحلة ما قبل المحاكمة

٧٥٦- ولو أطلق رجال الشرطة أيديهم لتتال من كل حزمة، لصار القانون هشياً بغيره. وتلك مخاطرة جسيمة أن يحتملها أحد. وإن يقوم بها مجتمعهم سوياً، لينهار عمداً. وليس ردع المجرمين هدفاً وحيداً للقانون الجنائي. ذلك أن صون كرامة الإنسان في إطار الحرية المنظمة، من أغراضه.

وتحيط الوسائل القانونية السليمة بتطبيق القانون الجنائي. وهي وسائل لها من مرونتها ما يكفل مواجهتها لصور مختلفة من العدوان على الحرية للشخصية. ولا تتحد بالتالي ضوابط تطبيقها. فالأحداث يختلفون في مستويات هذا التطبيق عن البالغين. ومفهومها في المراحل المتتابعة على محاكمة المتهمين، غير أبداً بعد إدانتهم.

ولكنها تتطلب في كل صور تطبيقها أن يكون إنصافها من سماتها الرئيسية. ذلك أن طلبها وإن كان حقاً مطلقاً، إلا أن نطاق تطبيقها ليس موحداً. ولا يجوز بالتالي حبسها أو اعتقالها في مفاهيم جامدة. إذ هي في كل صورها نتائج للعقل والحقائق التاريخية والسياسية القضائية؛ وحصاد نوع المصالح التي تولجها؛ وتعدد البدائل التي كان يمكن إحلالها محل الإجراء للمتحذ؛ ونقطة التوازن بين مزاياه والأضرار المترتبة عليه. وجميعها عوامل بيد القاضي للنظر فيها ولو اتخذ الإجراء وقت التوتر أو الأزمة.

ذلك أن. الحقوق الجوهرية التي نملكها في إطار الوسائل القانونية السليمة، لا يجوز إرجاؤها. ولا يعتبر حق الناس في الأمن، نافياً لطلبهم تحقيق الحرية وفرض متطلباتها.

والإصرار على الحرية ليس نقض الأمن، ولا مؤدياً إلى هدم الأسس التي يقوم عليها. وقوة الأفراد في مجتمعهم أساسها حريتهم. ولا زال عنصر الإجراء في القاعدة القانونية أكثر أهمية من مضمون هذه القاعدة ذاتها. ذلك أن الإجراء ضمان للحرية.

والتوازن الجنائي في جوانبها الموضوعية - رأياً كان قدر سؤلها - يجوز التعايش معها لو أحسن تطبيقها بصورة محايدة.

ولو خير الناس بين تطبيق قوانين منصفة بمفاهيم النظم الشمولية، وتطبيق قوانين سيئة بمفاهيم النظم الديمقراطية، لكان عنصر الإجراء نقطة التفاضل بين هذين النوعين من القوانين. ذلك أن الإجراء -وكما كان منطقياً- يفض عن القوانين الشمولية معايها. فإذا كان الإجراء واقعا في غير نطاق الوسائل القانونية السليمة، فإن القوانين التي يتصل بها الإجراء -رأيا كان قدر موضوعيتها- تفقد مزاياها. فلا يكون تطبيقها إلا مولزيا في الأثر لتطبيق القوانين الشمولية بوسائل قمعية^(١).

المطلب الثالث

مضمون شرط الوسائل القانونية السليمة

٧٥٧- وفي النظم الفيدرالية، يثار سؤال هام وخطير حول القيود التي يجوز أن يفرضها شرط الوسائل القانونية السليمة، على الطريقة التي تدبر بها كل ولاية محاكماتها الجنائية^(٢).

ذلك أن كل ولاية -وفيها عدا الجرائم التي تتشعبها السلطة الاتحادية- تختص بتحديد كل ما يعتبر جريمة في نطاق إقليمها، مقيدة في ذلك بالضوابط التي يفرضها الدستور عليها، ومن بينها عدم جواز إقرار قوانين جنائية رجعية الأثر؛ وعدم جواز معاقبة شخص بغير محاكمة؛ وعدم جواز حرمان أحد من الحق في الحرية أو الحياة أو الملكية بغير الوسائل القانونية السليمة التي تعتبر في ذاتها محصلة تاريخية A historic product ترتد في جذورها الأولى إلى الفصل ٣٩ من الماجنا كارتا Magna Carta^(٣).

(١) David Fellman, The Defendant's Rights Today, The University of Wisconsin Press, pp. 3-24 (1976).

(٢) في قضية Rochin, v. California 342 U.S. 165 (1952) ضد ولاية كاليفورنيا كان بعض معاوني مفوض الشرطة بلبوس تجلوس، قد تلقوا بعض المعلومات التي تعيد اتجار روشين في المواد المخدرة، فتوجهوا في صبيحة أول يوليو ١٩٤٩ إلى منزله، فوجدوا باب الخارجي مفتوحا فدخلوه. ثم اقتحموا بابا يؤدي إلى غرفة نومه التي أسفر تفتيشها عن وجود كيمولتين علي منضدة مجاورة لسريه. وحين سئل عنهما، قام بابتلاعهما، فقفز رجال الشرطة فوقه محاولين استخراجهما من فمه، إلا أن استمالة القوة من جانبهم لم يجد نفعا بسبب المقاومة التي أبداهما، فلقطاهو إلى مستشفى حيث قام أحد الأطباء -ربنا علي- بطلب شرطي -بإسناد محلول إلى معدته وضد لرائته، فاستقرغ ما فيها مختلطا بالكيمولتين اللتين تبين فيما بعد، احتواءهما علي مادة المورفين. وقد اعتبرت المحكمة العليا للولايات المتحدة هذا الإجراء، تديباً فجا منقيا للقيم الإنسانية ومصلحا للشعور العام.

(٣) في هذا الفصل وعد الملك جون بأن للرجل الحر أن يؤخذ أو يسجن أو ينفى أو يدمر على أي نحو، ولا أن يتسلط عليه أحد، ما لم يكن ذلك بمقتضى حكم مشروع يصدر عن نظرائه his peers أو بمقتضى قانون البلاد.

ومرد ذلك أن الوسائل القانونية السلمية تلبو مجموع الحقوق القائمة على القيم الخلقية، والتي تصل في عمقها إلى حد اعتبارها جزءاً من التقاليد التي تربط الدول بمجتمعاتها، والغائرة كذلك في وجدان شعوبها بما يجعلها من الأفكار التي تحدد ما يعتبر منصفاً Pair وكفاً Right وعدلاً^(١).

وتفرض المحكمة الأعلى في الدولة الفيدرالية رقابتها على مسار المحاكمة، وكذلك في شأن القواعد الإجرائية التي تحيطها، والتي يعتبر الحكم بالإدانة خاتمتها، حتى تمتثلت بنفسها من ضمان مفاهيم العدالة حتى في أكثر الجرائم خطورة. ذلك أن شرط الوسائل القانونية لربط في كثير من تطبيقاته بكل ضمانات إجرائية تكفل حقوق المتهمين. وهي بعد ضمانات لا تستقل السلطة التشريعية ببيان حدودها، وإنما هي قيد عليها وعلى السلطتين التنفيذية والقضائية كذلك. ولكل الأشخاص حق في هذه الوسائل التي لا تقوم العدالة بدونها سوية على قدميها. وليس ثمة صياغة موثوق بها تتحدد على ضوئها معايير هذه العدالة، ولا ضوابط تطبقها، وإن تعين القول بأن هذا الشرط ضمانات إجرائية ضد سوء استعمال السلطة والتحكم. وهو كذلك ضمانات مركزة تعبر الدساتير عنها بصورة موجزة؛ وإن كان هذا ضمان الحصانة الشخصية التي تقتضيها الحرية المنظمة^(٢).

وغموض نصوص الدستور أو خفاء معانيها ليس بشيء يدعو إلى الأسى. فالكلمة رمز لشيء، وهو تفصح عن نفسها من خلال حاشية قد تكون تاريخية أو غير تاريخية، وعلى ضوئها يتحدد معناها.

ويعتبر شرط الوسائل القانونية السلمية من أكثر الشروط خفاء في مجال تحديد معناه، وأكثرها شمولاً على نطاق صور الحرية التي يكفلها. بيد أن غموض هذا الشرط لا يعني أن يتبدع المحكمة من عندها مفاهيم تتسببها إليه، تعكس بها وجهة النظر الشخصية لقضايتها، وأن كان عليها أن تنظر لكل حالة على حدة، وأن تحدد لهذا الشرط معناه على ضوء ظروفها ومآ

(١) Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937); Solesbee v. Balkcom, 339 U.S. 9 (1950).

(٢) من تطبيقات هذا الشرط، أن القبض أو التفتيش غير المبرر، يخول المضرور الحق في التعويض والحصول على غير ذلك من أشكال الترضية القضائية التي يكفلها الدستور أو المشرع.

Monroe v. pape, 365 U.S. 658 (1961).

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٧ من الدستور المصري من أن كل عدوان على الحقوق والحريات المنصوص عليها فيه، يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى العمومية الناشئة عنها بالتقدم. فضلاً عن حق ضحايا هذه الجرائم في الحصول على تعويض من الدولة.

يحيط بها نقاليد، ووفق طبيعة المصلحة التي وقع الإخلال بها، وكيفية خرقها، والبدائل المتاحة عن الإجراء المتخذ، وحدود التوازن بين أضراره وفوائده^(١).

ولئن كان مفهوم ذلك الشرط غير محدد، وليس نهائياً، إلا أن القواعد التي يفرضها ترتبط بالنظرة الشاملة للدهج القضائي في بلد معين، وكذلك بتطور القانون، وبدلالة الاقتضاء العقلي. ولا يجوز القول بالتالي بأن ذلك الشرط إحياء للقانون الطبيعي، ولا تجميده عند لحظة زمنية لو فكر محدد، وإلا آل أمر لرقابة القضائية على الدستورية إلى عملية آلية لا دور للقضاء فيها. على أن يكون مفهوماً أن شرط الوسائل القانونية السليمة *Procedural due process*، ليس مجرد ضمانة إجرائية ضد التحكم والتسلط، وإنما هو كذلك ضمانة موضوعية *Substantive due process* تواجه تحكم المشرع في مجال النصوص القانونية التي يقرها أو يصدرها والتي بخل بها بحق الأفراد في الحياة أو في الحرية أو في الملكية *Arbitrary legislation*.

وكما أثير شرط الوسائل القانونية السليمة في خصومة جنائية، فإن تطبيقه عليها يقتضي تقييماً يستند إلى موضوعية التحقيق الذي تجريه المحكمة بروح علمية، وإلى عرض متوازن للحقائق التي ت طرحها المحاكمة؛ وإلى تقدير متجرد للمصالح المتناحرة، وإلى ضرورة التوفيق بين متطلبات الاستقرار، وفرائض التغيير في جماعة بذاتها لها نقاليدها وقيمتها وثوابتها.

ولا يتصور في الدول الفيدرالية، أن تكون لكل ولاية من وحداتها الإقليمية، مفاهيمها الخاصة في شأن الإطار العام للحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام؛ ولا أن تحدد هذه الحقوق على نحو يفرز بها إلى مالدون المستويات للموضوعية التي درج العمل في الدول الديموقراطية على احترامها؛ ولا أن تختل الضوابط الكلية للتجريم بين ولايتها المختلفة كأن تقرر إحداها أنراً رجماً لقانون. ولا يجوز كذلك أن يقرر بطلان دليل في ولاية، وأن يقبل في غيرها^(٢)، ولا أن تتسامح إحداها في قبض أو تفتيش يفتر إلى المعقولة *Unreasonable search or seizure* أو تسقط حق المضرورين من أخطاء القائمين على تنفيذ القانون في الحصول على تعويض لجبر الأضرار الناجمة عنها^(٣). فذلك كله مما يناقض الخطوط الرئيسية للحالة الجنائية الإجرائية.

(١) Joint Anti fascist Refugee Comm. V. McGrath, 341 U.S. 123 (1951).

(٢) Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents, 403 U.S. 388 (1971); Bell v. Hood, 327 U.S. 678 (1946).

(٣) Foote, Tort remedies for police violations of Individual rights, 39 MINN. L. Rev. 493 (1955).

ذلك أن شرط الوسائل القانونية للسليمة، وإن كان مستعصياً على التحديد النهائي لمحتواه، إلا أن تحديده -في النُصُور الإجمالي- يستلزم مراعاة ضوابط ومعايير للملوك لا تكتفي إلى قرار بالإدانة بناء على وسائل تهدد معنى العدالة ذاتها؛ كأن يقر شخص قهراً بجريمة، ولو قام الدليل على أن إقراره مطابق للحقيقة الواقعة. ولا يجوز بأية حال إضفاء عباءة القانون على أعمال رجال للشرطة الوحشية وسلوكهم المصادم للوجدان، وإلا كان ذلك مدعاة لاحتقار القانون، وإهداراً للقيم التي يمثلها، وإنكأء للنزعة الحدونية في الجماعة، لتسودها شريعة القوة.

وكما انتزع رجال للشرطة إقراراً بالجريمة بوسائل تفوق التصور في عدوانيتها ووحشيتها، وعلى نحو يناقض الكرامة الإنسانية، كان تصرفهم إخلالاً جسيماً بشرط الوسائل القانونية السليمة، خاصة وأن الدستور يكلل الحماية للحقوق في جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية^(١).

(١) Turner v. Pennsylvania, 338 U.S. 62 (1949); Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936); Stein v. New York, 346 U.S. 156 (1953); Watts v. Indiana, 338 U.S. 49 (1949).

وفي هذه القضية الأخيرة، عزل المشبوه بنير أن يعرض في طليور عرض لأيام عدة، ويغير أن ينيه إلى حقوقه، ومع جسمه في زنزلة انفرادية، ويغير أن يتوافر له مكان للنوم سوى على الأرض، ومع أسئلة متتابعة توجه إليه يوميا فيما عدا يوم الأحد. ومع تلاوب رجال الشرطة في توجيههم لهذه الأسئلة ولتقرات تتراوح بين ثلاث ساعات وتسع ساعات ونصف في اليوم الواحد.

المبحث الثانيمدخل عام للقبض والتفتيش^(١)

٧٥٨- ينالقبض القبض والتفتيش بغير مسوغ، حق المواطنين في تأمين أشخاصهم وممتلكاتهم وأوراقهم وممتلكاتهم للشخصية من صور القبض والتفتيش غير المبررة^(٢). ولا يجوز بالتالي أن يكون أحدهما أو كلاهما مدخلا لإهدار كرامة الإنسان أو لاختحام خواص الحياة ودخائلها بطريقة يظلها للتحكم، سواء كان القائم بالقبض أو التفتيش رجل شرطة أو غيره من القائمين على تنفيذ القانون.

وإذا كان من المقرر قانونا أن للمنازل حرمة، وأن من يقرعون أبوابها من غير أهلها ويدخلونها دون إذن منهم، إنما ينتهكونها؛ وكان الأصل في حقوق الإنسان أنها تعبر عن أحوالها في كل العصور، فلا يتقيد إغناها بزمان معين، ولا بجبل دون آخر، ولا بطريق يكفلها دون طريق؛ وكان لهذه الحقوق من شمولها وقساع دائرة تطبيقها، ما يجعلها من شرائط الحياة الملائمة ومتطلباتها الأمانة؛ فقد تبين أن ينظر إليها بوصفها حقوقا دائمة لا تبديل فيها، ولا قيد عليها يطلل الأغراض المقصودة منها، وأن ثمة تولزن تبين أن يتحقق بين إطلاق هذه الحقوق، وبين ضرورة فرض قيود منطقية عليها لا تحد دون مقتضى من المجال الطبيعي لحركتها. ومن ثم جاز القبض والتفتيش كلما كان مبررا بقرائن ظرفية لها أصلها في الأوراق، ولها من رجحان دلالتها، ما يعزز الاقتناع بجديتها.

والأصل في هذه القرائن ألا تصل في جزمها إلى حد التيقن من وقوع الجريمة، ومن نميتها إلى شخص معين.

ذلك أن الإذن بالقبض أو التفتيش ليس دليل وقوع الجريمة، ولا هو تحديد لشكل أو درجة الاسهام في ارتكابها؛ وإنما هو إرصاص بها، وهو بذلك ليس دليلا عليها، ولا قطعا بالمسؤولين عنها، وأن تبين دوما أن يصدر الإذن بناء على قرائن الأحوال التي لا تهبط إلى مجرد الشبهة التي ليس لها من ساق، ولو كان الإذن مصحوبا بيمين^(٣).

(١) كان ينظر دائما في إنجلترا إلى حظر الإذن والتفتيش غير المبرر، على ضوء العبارة الشهيرة التي تقول إن بيت الرجل قلعة Every man's house is his castle وقد تحقق تطبيق هذا المبدأ في قضية Symayn'e Case التي فصل فيها عام ١٦٠٣ والتي اعترفت بحق صاحب المسكن في الدفاع عن حرمة في مواجهة لفتحله غير المشروع حتى من قبل رجال الملك.

(٢) تتحدد منطقية التفتيش على ضوء ثمة الوقائع والظروف ذات الصلة.

United States v. Rabinowitz, 339 U.S. 56 (1950).

(٣) United States v. Ventresca, 380 U.S. 102 (1965); Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

وتعين بالتالى أن تقارن الإذن قرائن ظرفيه لها من رجحانها ما يبرر صدور Probable Cause وهو ما يقتضى من القائمين على تنفيذ القانون -كلما كان ذلك عمليا- الحصول على إذن بالقبض أو التفتيش قبل مباشرتهما.

وليس لازما دوما أن يصدر الإذن عن قاض، وإنما يكفي أن تصدره جهة لها من استقلالها، ومن انقطاع صلتها بالموضوع المعروض عليها Detachment، وزوال مصلحتها فيه، ما يكفل الاطمئنان لتجرد تقديرها بوقوع جريمة ما، وبالمسؤولين عنها، من التوازن الشخصية التي تميل بميزان الحق عن حدوده^(١).

وإذا قيل بأن بطلان القبض أو التفتيش غير المأذون بهما بالمخالفة للدستور، كثيرا ما يحبط جهود رجال الشرطة في مطاردة الجناة وتقبيلهم، ويبطل أعمالهم بناء على دفع طرحتها المتهمون، وتقوم على أدق التفاصيل والحيل القانونية التي لا يظن إليها غير رجال القانون الأكثر خبرة، الذين يدركون قواعد القانون المعقدة، وينفذون من ثغراتها التي يبطون بها كل دليل تأتي من قبض أو تفتيش تم بالمخالفة للقانون أو للدستور؛ إلا أن حل هذه الصعوبة لا يتحقق بإطلاق العنان لسلطة القائمين على تنفيذ القانون، وإنما من خلال تقرير ضوابط معقولة لها لا يكون فهمها عسيرا، ولا تحيط بهم لتكبل أقدامهم.

ويتحقق هذا التوازن من خلال الاستثناء من شرط الإذن فى القبض والتفتيش فى أحوال خاصة يندرج تحتها أن بعض الظروف الملحة Exigent circumstances قد تبرر إجراءها بغير إذن. كأن تكون المنطقة التى يتم فيها التفتيش العارض على القبض Incident to arrest واقعة فى سيطرة المقبوض عليه؛ وكذلك إذا توافر للقائمين على تنفيذ القانون مبرر معقول للاعتقاد بأن هاربا يقيم فى منزل، وأن وجوده فيه يهدد حياة آخرين^(٢).

المطلب الأول

استبعاد كل دليل يأتى من مصدر غير مشروع

٧٥٩- وأظهر العمل كذلك فى بعض الدول الفيدرالية، أن الموظفين الفيدراليين كثيرا ما يختلقون أدلة بالمخالفة للدستور؛ وقد يدورون حول الدستور بمراسلهم الأدلة غير المقبولة أمام المحاكم الاتحادية، إلى النيابة العامة المحلية فى الولاية لاستخدامها ضد المتهمين الذين تتعلق

(١) Shadwick v. City of Tampa, 407 U.S. 345 (1972).

(٢) New York v. Burger, 282 U.S. 691 (1987); Illinois v. Rodriguez, 294 U.S. 177 (1990); Maryland v. Buie, 494 U.S. 325 (1990).

هذه الأدلة بهم، وكأنهم يقدمونها للسلطة المحلية علي طبق من الفضة^(١). وفاتهم أن استعمال الأدلة الملوثة أمام القضاء، ليس سياسية قضائية مبنية يجوز أن يشرع الكونجرس علي خلائها، وإنما يدين الدستور استخدام هذه الأدلة، فلا يجوز قبولها. خاصة على ضوء ما لوحظ من أن وسائل الرقابة على رجال الشرطة لحملهم على الخضوع للقانون، لم تنته عن مخالفتهم. وصار ثابتاً أن قاعدة استبعاد الدليل الباطل، يتعين أن تكون نهجاً يحكم العمل في المحاكم الفيدرالية والمحلية علي سواء؛ وأن ضمانات الإنز المبرر التي يحيط بها الدستور القبض والتفتيش، يتعين الإصرار عليها بما يكفل تطبيقها في كل الفروض التي تسعها، ولو أُل هذا التطبيق إلي إطلاق سراح بعض المجرمين الضالعين في الجريمة. ذلك أنهم يقتلون بحكم القانون من عقابهم عنها.

وليس أسرع في دهم النظم القانونية من الإعراض عن تطبيقها من خلال أفعال تأتيتها الدولة، وتتلفض بها: شرعية وجودها، خاصة وأن الجريمة بالضرورة مرض معد، وأن السلطة التي تقتض بيدها القوانين التي وضعتها بنفسها، إنما تحمل غيرها علي احتقار القانون وتغفهم إلي الحصول علي حقوقهم بأيديهم. ولا بديل عن هذا التحكم غير دهم كل دليل باطل إعمالاً لحكم الدستور، وليس كمجرد سياسة قضائية يجوز أن تشرع السلطة التشريعية علي خلائها.

يؤيد هذا النظر: أن الاعتماد علي دليل تأني من تفتيش باطل، لا يقل سوءاً عن انتزاع أقوال تؤثم من يلون بها قهراً. كلاهما يتحقق بالمخالفة للقانون حتى يتهياً للجريمة الدليل عليها^(٢). فضلاً عن أن مداومة الناس لإدانتهم بها، مؤلده اختراق خواص حياتهم وحرمة منازلهم *The sanctity of a man's home and the privacies of life*.

ذلك أن دخول المنازل بغير إذن أهلها، ودون ترخيص بدخولها يصدر عن السلطة المختصة بإصدار الإنز بتفتيشها، ليس مجرد قرع علي أبوابها، ولا هو مجرد فض للخزائن والصناديق والأراج الموجودة بها وبخبرة لمحتوياتها. وإنما يخل إخلالاً جسيماً بحقهم في الأمن والاطمئنان، وكذلك بحرئتهم الشخصية، ويملكيتهم الخاصة. وهي حقوق تظل قائمة لحسابهم ما لم يسقطها حكم قضائي يكون باتاً. ولا يجوز بالتالي تجربهم بناء علي تفتيش.

(١) *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

(٢) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

باطل ينتزع أوراقتهم الخاصة، ويصادر أشياء بملكونها^(١) فالتفتيش في هذه الصور جميعاً يناهض ما يتوقعونه عقلاً من أن تظل لمنازلهم حرمتها^(٢).

ويتعين بالتالي استبعاد الدليل الناجم عن هذا التفتيش، ولو كان القائمون بالتفتيش الباطل، سيحصلون على ذلك الدليل لا محالة بالوسائل القانونية، أو كان لهم من حصن نيتهم، ما يرد عنهم شبهة الاندفاع إلى إجراء هذا التفتيش. وليس ثمة بديل عن إبطال الدليل في هذه الصور جميعها، ولو كان سببه فنياً. خاصة وأن استعمال الأشياء التي تم ضبطها من خلال التفتيش الباطل في محاكمة جنائية، يضر بمركز المتهمة بصورة خطيرة، وينطوي كذلك على عدوان على ملكيته، ولو كان ما حلق بها من ضرر ناقلاً *So minute*.

كذلك لا يعتبر حصول المضرور على تعويض مدني من جراء التفتيش الباطل، بديلاً عن استبعاد دليل تأتي من هذا التفتيش. وهي قاعدة يتعين تطبيقها كذلك على كل دليل تأتي من إكراه^(٣).

ذلك أن تقديم مثل هذا الدليل إلى القضاء، مؤداه استعماله ضد المكرة ليكون مدخلاً إلى تجريمه بالمخالفة لحظر تجريم الشخص لنفسه بنفسه.

ويتعدى بكل دليل تأتي من تفتيش صحيح، ولو لم يكن لهذا الدليل صلة بالجريمة التي تعلق التفتيش بها، سواء في أدواتها أو ثمارها^(٤). *The fruits and instruments of the crime*.

(١) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

ويتعين كذلك عدم كل دليل تأتي من قبض غير مشروع وكذلك كل ما اشتق عن هذا الدليل من قول أو اعتراف. ومن ثم يبطل كل اعتراف نجم عن احتجاز غير مشروع ما لم يثبت أن الصلة بين هذا الاحتجاز وذلك الاعتراف ضئيلة إلى حد يمكن معه القول بأن الاعتراف لم يتلوث بالاحتجاز وتسرّى هذه القاعدة على بصمات الأصابع وغيرها من الأثلة المادية التي نجمت عن الاحتجاز غير المشروع، إذ يتعين قمعها.

David V. Mississippi, 394 U.S. 721 (1969)

(٢) *Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967).

ويلاحظ أن محكمة النقض في مصر تبطل الدليل المتأتي من مصدر غير مشروع إذا كان يقضي إلى الإدانة لا إلى البراءة.

(٣) يعتبر إجراء القبض أو التفتيش بطريق غير مشروع، مصدرًا للحق في الرجوع بالتعويض على الذين قاموا به. ولكل من هؤلاء أن يدفع دعوى التعويض بأنه كان يعتقد حقاً - ويحسن نية أن ظروف القبض والتفتيش تقتضيه *Exigent circumstances* وأن لها من قوتها ما يرجع لتخذ الإجراء.

Anderson v. Creighton, 483 U.S. 635 (1987).

(٤) *Mancusi v. De Farte*, 392, U.S. 364 (1968).

المطلب الثاني

شروط صحة التفتيش

٧٦٠- وليس أصول لحرمة خواص الحياة، من تفتيش يقيد المستور بكثير من الضوابط التي يندرج تحتها أن يصدر عن جهة محايدة لها من ضماناتها ما يؤكد موضوعية تصرفاتها، ومن القرائن التي تعتمد عليها في إصدار إذن التفتيش، ما يرجح صحتها، ومن تعيين الأماكن التي يتم تفتيشها والأشخاص والأشياء التي يجوز ضبطها فيها، ما يكلل تخصيص هذا الإذن The specificity or particularity requirement، وتطبيقه في حدود ضيقة.

٧٦١- وتنفرد هذه الجهة المحايدة التي لا صلة لها بموضوع الإذن، مؤداه أن غيرها لا يجوز أن يحل محلها فيه، وأن يبدأ وحدها تقدير مبرر إصداره؛ وأن تقدير القائمين علي تنفيذ القانون، لقيمة القرائن التي جمعوها -ولو كان هذا التقدير صائباً- لا يقيدها؛ وأن اختلال موازين التقدير في أيديهم بالنظر إلى مجموعهم في مطاردة الجناة وتعقبهم Zealousness، لا يقل سوءاً عن تطرق العوامل للشخصية إلى الجهة التي أولاهها المشرع اختصاص إصدار الإذن، كإسهامها السابق في أعمال التحقيق، أو في مرحلة الاتهام، بما يجعلها شريكا فيها، وبما يخل بحيادها ويقيم صلة حقيقة بينها وبين موضوع الإذن الصادر عنها، ليبطل الإذن، مع كلفة الأدلة التي تم التحصل عليها كأثر لتطبيقه. إذ يعامل التفتيش بمقتضى هذا الإذن كما لو تم بغير إذن أصلاً. The search stands in no firmer ground than if has been no warrant at all. ذلك أن ضمان الحرية في مواجهة القبض والتفتيش غير المبرر، يعتبر حقاً جوهرياً يجب ضمانه ضد كل اختراق، ولو صدر عن ولاية في تنظيم فيدرالى^(١).

٧٦٢- ولا يشترط لصحة الإذن، أن يصدر بناء على رؤية أو متابعة شخصية للواقعة التي أسس عليها. ذلك أن الشهادة السماعية تكفي لجوازه، إذا كان من أدلي بها موثقاً فيه، أو كان ظاهر الحال يؤيدها^(٢).

وكما قام الإذن على قرائن اطمأن إليها من أصدره، وحدد وجه معقوليتها، وأبان بصورة واضحة عن يشملهم من الأشخاص أو الأشياء أو الأماكن التي يرد ضبطها وتفتيشها؛ صار الإذن قاطعاً بمجال تطبيقه؛ وصححاً في القانون، وقابلًا للتنفيذ.

(١) Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443 (1971); Wolf v. Colorado 338 U.S. 25 (1949).

(٢) McGray v. Illinois, 386 U.S. 300 (1967).

ويبطل كل إذن يقوم على واقعة افتراضها من تحراها، ولم يحققها أحد من القائمين على تنفيذ القانون، أو على واقعة لفقها أو لنتحتها^(١)، أو على واقعة كشفها شخص من أحاد الناس^(٢).

ويجوز بناء على إذن صحيح، تنفيذ الأماكن -لما كان شاغلها- إذا ثارت شبهة احتوائها على دليل الجريمة أو أدواتها أو ثمارها *The proceeds or tools of the crime*، بشرط أن تكون هذه الشبهة قائمة على أساس (Probable Cause).

كما يجوز استعمال القوة لتنفيذ الإذن، ولو لم يخطر من تلقى به الإذن بصدوره. بل إن مثل هذا الأخطار يبررل جهود القائمين بتنفيذ القانون في مجال تحقيق الأغراض التي يستهدفونها، وعلى الأخص كلما كان بحوزة الأشخاص الذين صدر الإذن في شأنهم وثائق بها دليل الجريمة، إذ يمدون إلى إخفائها أو علموا بتوجه رجال الشرطة لتنفيذ الأماكن التي أودعوا فيها.

٧٦٣- ولا تنتظر بعض المحاكم إلى إذن القبض بالطريقة ذاتها التي تتعامل بها مع إذن التفتيش. وكثيرا ما تنص بصرها عن قبض بغير إذن لأجراه رجال السلطة في الجرائم الملبس بها، أو في الجرائم التي يقوم حدوثها على دليل معقول يبرر تصرفهم بشأنها^(٣).

بيد أن هذا الاتجاه منقذ. ذلك أن تقدير معقولة الإجراء في حالة القبض، لا يقل أهمية عن تقديره في حالة التفتيش. كلاهما تقدير لا يجوز أن يستقل به القائمون على تنفيذ القانون، وإنما يتعين أن يصدر به إذن من الجهة التي خولها المشرع هذا الاختصاص^(٤). وأن يكون التفتيش، معاصرا للقبض.

٧٦٤- ويلاحظ أن قبض رجال الشرطة على أشخاص وفقا للقانون، يخولهم الحق في تفتيشهم بغير إذن، وكذلك تفتيش الأماكن التي يوجدون بها أثناء القبض عليهم. ذلك أنهم قد

(١) Franks v. Delaware, 438 U.S. 154 (1978).

(٢) Burdenau v. McDowell, 256 U.S. 465 (1921).

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد رجال الأعمال قام بدفع فصوله لأحد الماملين لديه، بفتح أدراجته وخزائنه التي كان يحتفظ فيها ببعض الأوراق، وقدمها إلى السلطة التي كانت تتولى التحقيق في سلوكه، إلا أن المحكمة العليا قضت بأن الضمانة ضد القبض والتفتيش غير المبرر، لا تعمل إلا في مواجهة رجال السلطة.

(٣) Zurcher v. The Stanford Daily, 436 U.S. 547 (1978).

(٤) أنظر الرأي المخالف للقاضي برينان والقاضي مارشال في ص ٤٤٧ من قضية:

United States v. Watson; U.S. 411 (1976).

(٥) Carol v. United States, 267 U.S. 132 (1925).

يحملون أسلحة يهندونهم بها، وقد يعمدون إلي تدمير الأكلة التي في حوزتهم، أو يفرون من قبضتهم^(١).

والفتيش في هذه الأحوال جميعا، عارض على القبض Incident to the arrest. فلا يكون ضبط ما يوجد من الأشياء في الأماكن التي تم تفتيشها، غير نتيجة عرضية للقبض عليهم وفقا للقانون. ويتمتع تدمير سلطة التفتيش هذه في أضيق الحدود. ذلك أن التفتيش ما كان ليجوز لولا أن موثقا قائما عند إجراء القبض المشروع، حمل رجال الشرطة على إجراء التفتيش. ويتمتع أن تذكر هذه الضرورة بقدرها. فلا يجوز التفتيش بغير إذن إلا إذا كان لشرطه في إطار الأوضاع القائمة وقت القبض، غير متصور عقلا أو عملا^(٢).

ويتوخى هذا القيد الأخير، ألا يلتمس الاستثناء، قاعدة حظر التفتيش غير المألون به. وهو قيد مؤده ألا يتم تفتيش بغير إذن فيما خلا الأوضاع القاهرة Compelling Reasons. التي يقتضيها ظاهر الحال^(٣). Exigent circumstances requirement.

بيد أن ذلك القيد سرعان ما بدا عصيا على التطبيق في غير الأحوال الاستثنائية النادرة. ومن ثم أبطل بقيد آخر مؤده أن التفتيش المقارن للقبض المشروع، يكون جائزا كلما كان معقولا. علي أن تتحدد معقولية التفتيش غير المألون به، علي ضوء كافة الأوضاع ذات الصلة التي تعاصرها^(٤). The total atmosphere of the case.

ثم عدل عن هذا المعيار كذلك إلي آخر يجيز التفتيش المقارن للقبض المشروع، بشرط أن يكون نتيجة عرضية للقبض. وأن يقتصر علي الشخص الذي تعلق به إذن القبض، وألا يمتد إلي غير الأماكن المجاورة للقبض، والتي يدل ظاهر الحال علي سيطرة هذا الشخص عليها، وأن يوسع الحصول منها علي الأسلحة التي يريدها، أو أن يدمر في نطاقها دليلا ضده. فإذا جاوز التفتيش حدود هذه الدائرة، صار إجراء غير معقول، وباطلا^(٥).

٧٦٥- ولأن الحق في خواص الحياة يرتبط بالأماكن والأشياء التي يملكها الشخص أو يحوزها لحسابه، مما جعل جواز تفتيشها مطلقا علي إذن بذلك، فقد جاز الإنن بتفتيش وسائل النقل، وضبط الأشياء الموجودة فيها، إذا كان الأشخاص الذين يركبون هذه الوسائط لا

(١) Angello v. United States, 269 U.S. 20 (1926); Marron v. United States, 275 U.S. 192 (1927).

(٢) Trupiano v. United States, 334 U.S. 699 (1948).

(٣) McDonald v. United States, 335 U.S. 451 (1948).

(٤) United States, v. Robinowitz, 338 U.S. 56 (1950).

(٥) Chimel v. California 395 U.S. 752 (1969).

يملكونها، لا هي ولا الأشياء التي تم ضبطها فيها، وكان قد توافر مبرر معقول على نقلها مواد مخطورة، أو تم تهريبها، أو مبادرتها غير ذلك من أوجه النشاط غير المشروع^(١).

ذلك أن وسائل النقل هذه تسرع في انتقالها من مكان إلى آخر. ولن يكون صدور إذن في شأنها مجدياً إذا تم ضبطها فيما وراء النطاق المكاني لهذا الإذن، وقد يكون للدولة حق عليها بخلوها مصادرة محتوياتها. إذ يجوز جرأها إلى مخفر الشرطة وتفتيشها. وحتى وسائل النقل الموجودة في مكان انتظارها، فمن قلدها قد يحركها فجأة إلى مكان آخر.

وقد تكون السيارة أداة جريمة قتل أو غيرها من الجرائم. فإذا قام مبرر معقول على أنها كذلك، جاز أخذ جزء من طلائعها الخارجي لتعطيله، كما تم ضبطها في مكان انتظار عام^(٢).

ولا يجوز بالتالي أن يتعرض رجال الشرطة عشوائياً لوسائل النقل Random visits ولا وقفها لتفتيشها دون قرائن راجحة Probable Cause؛ ولا الأخذ بالدليل الذي يتأتى من تفتيشها على هذا النحو^(٣). فإذا توافر لديهم دليل ذو شأن، عن حيازتها أشياء منعهما للمشروع من حملها، كالمواد المخدرة أو المهربة، جاز تفتيشها بصورة كاملة، كما لو كان بيدهم إذن بالتفتيش، ليمتد هذا الإجراء إلى كل محتوياتها، وإلى طرودها التي يحتمل أن يكون للجناة قد أخفوها فيها^(٤).

٧٦٦- ويخول إذن التفتيش الدخول عنوة في الأماكن التي يعينها، وما بها من أشياء حددها، ومن يوجدون فيها من الأشخاص الذين وصفهم؛ إلا أن مراقبتهم في أحاديثهم التليفونية، ورصدها وتسجيلها، يخل بحقوقهم في الأمن، وفي ضمان حرمة خواص حياتهم ومساكنهم، وجميعها قيم حرص الدستور على صونها خاصة إزاء تطور الوسائل العلمية التي تهدد الناس في حرمتهم، بالنظر إلى اختراقها من بعد، ما حرص الناس في نطق توقعهم المشروع، على أن يظل خالياً عن الأعين والأذان. بل إن الوسائل العلمية الحديثة ترصد

(١) يجوز كذلك تفتيش الأماكن العامة والمجون وأماكن إيداع خردة السيارات والمجون بغير إذن. إذ يستبر التفتيش في هذه الصورة تفتيشاً إدارياً لأغراض تنظيمية تربو فيها مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد.

I Illinois V. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).

(٢) Carroll v. United States, 267 U.S. 132 (1925), Husty v. United States, 282 U.S. 694 (1931); United States, v. Di Re, 332 U.S. 581 (1948); Brinegar v. United States, 338 U.S. 160 (1949); Henry v. United States, 361 U.S. 98 (1959); Cooper v. California, 386 U.S. 58 (1967); Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978).

(٣) Delaware v. Prouse, 440 U.S. 648 (1979); Almeida-Sanchez v. United States, 413 U.S. 266 (1973).

(٤) United States, v. Ross. 456 U.S. 798 (1982).

للناس حتى في همتاتهم، وأخص دخالتهم، وأعمق عواطفهم لتحيط بها داخل غرفهم المغلقة التي اطمأنوا إلي أن احتواءهم بجدرانها، علق من انتهاكها.

حقاً إن كثيرين من القائمين علي تنفيذ القانون، يعينهم فرض أحكامه علي الناس جزئياً بلا تمييز، إلا أن أداءهم لواجبهم مفيد بالدستور والقانون. وليس لهم بالتالي حق في الانزلاق إلي جريمة تنصتتهم -غير إذن قضائي- علي الناس في أحاديثهم، من أجل ضبط ما تظهره أحاديثهم تلك من الأوراق أو غيرها من الوثائق علي الجرائم التي حرصوا علي إخفائها. ذاك أن القائمين علي تنفيذ القانون -ولما كان ذيل دولتهم- يتعين أن تحكمهم القواعد ذاتها التي تحكم مواطنيهم. فضلاً عن أن الدولة التي يعملون لصالحها هي القوة، وهي تعطي المثل لمواطنيها من خلال تصرفاتها التي يباشرها أركانها. وتسامحها معهم يخبرهم بمخالفة القوانين التي وضعتها هي بنفسها^(١). ويحضر الآخرين علي اللجوء للقوة لفض نزاعاتهم. فلا يحكم الناس لغير أيديهم في تنفيذ القانون.

ونيل أهدافهم في مطاردة الجناة المحتملين وتعبهم، لا يجوز تحقيقها بوسائل مخالفة للدستور أو القانون.

وليس أسوأ من رصد الناس في كلماتهم التي يتبادلونها مع الغير، سواء من خلال خطباتهم أو برقياتهم أو أحاديثهم التليفونية، أو غير ذلك من وسائل اتصالاتهم.

ذلك أن كلماتهم هذه، هي رسائلهم التي يباثرون من خلالها حريتهم في التعبير عن آرائهم، ويبلورون بها طموحاتهم وخططهم. فإذا كانت رسائلهم دليل تدبيرهم لجريمة، فإن رصدها أو تفتيش منازلهم للعثور علي أدولتها أو لمعرفة ثمارها، يكون مشروطاً بحصولهم علي إذن بذلك، وإلا تدين استبعاد كل دليل تأتي من تنصتتهم علي أحاديثهم أو تفتيش منازلهم، ولو تم الحصول علي هذا الدليل بطريق غير مباشر^(٢).

وينظر بعض القضاء إخفاء أجهزة المراقبة الإلكترونية Electronic Surveillance. داخل عقار باعتباره اقتحاماً مادياً Physical invasion لميناء مخالفاً للدستور^(٣) ويراه آخرون منطوقاً علي عنوان علي حرمة الحياة الخاصة علي تقدير أن القيود التي يفرضها الدستور علي الضبط والتفتيش، تتعلق بالأشخاص لا بالأماكن^(٤).

(١) Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

(٢) Nardón v. United States, 302 U.S. 179 (1937).

(٣) Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).

(٤) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

ذلك أن العقار لا يجوز أن يعامل كالأشياء التي يعرضها الناس للكافة حتى في منازلهم، والتي يجوز لكل شخص أن يتصل بها بغير إذن قضائي. وإنما العقار هو الوظيفة التي خصص لها ورصد عليها. فإذا كان سكناً، تعين أن يطمئن الناس فيه إلى حرمتهم جميعها، فلا يجوز كشفها. وشرط ذلك أن يكون لديهم توقع معقول بخصوصيتها. فإذا كان توقعهم على هذا النحو، تعين صون حرمتهم هذه من تدخل السلطة بما يخل بها.

كذلك لا يجوز اختراق دخائلم التي يرمون إلى صونها، ولو كان التلصص عليها في مكان عام^(١). فإذا تم انتهاكها، تعين أن ترد إلى أصحابها، كلفة المواد التي تم الحصول عليها من جراء أعمال المراقبة الإلكترونية غير المأذون بها^(٢).

فإذا صدر الإن، ولتضمن تنفيذ دخول المبنى سرا^١ لرصد ما يتم فيه، فليس بشرط أن يكون الإن قد خول القائمين على تنفيذه، هذا الحق صراحة، وإنما يكفي أن يكون قد رخص لهم بإجراء تلك المراقبة. فإن لم يصدر هذا الإن، تعين استبعاد الدليل الذي نجم عنها^(٢).

المطلب الثالث

التمييز بين القبض على الأشخاص واستيقافهم

٧١٧- ويتعين التمييز بقدر كبير من الوضوح بين القبض على الأشخاص واستيقافهم Stopping. والتمييز كذلك بين التفتيش الشامل للمحيط Full-blown search؛ والتفتيش المحدود ذو الطبيعة الوقائية Preventive search.

ذلك أن بعض الأشخاص قد يلتون أعمالاً في أوضاع بذوتها، تجعل رجال الشرطة يرتابون فهم. فلا تعتبر هذه الأعمال في ذاتها مثيرة للشبهة، وإنما هي الأوضاع التي تلابسها.

كذلك فإن هذه الأعمال في مجموعها -وليس كل عمل منفرد منها- هي التي تعطي الانطباع بأن شيئاً ما ورائها. فالذين ينزعون الطريق جينة وذهاباً، لا شيء في عملهم، ولكن

(١) وفلا يجوز أن تضع الدولة أجهزة إلكترونية على تليفون مخصص لاستعمال الجمهور بقصد التلصص على أحاديثهم.

(٢) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

(٣) Ivano v. United States, 394 U.S. 165 (1969).

ويلاحظ أن الحكومة فضلت في هذه القضايا أن تسقط عدداً من الاتهامات التي أسست على الأكلة غير المشروعة التي جمعتها، بدلاً من أن تكشف عن أساليب المراقبة غير المشروعة التي أجرتها.

اقتربهم من مخزن في الطريق العام، والنظر إلى نوافذه، وتلقده من كل نواحيه، يوحي بأنهم عازمون على سرقة، وأنهم يتحينون فرصة يتسرون فيها هذا للمخزن، أو يقتحمون نافذة فيه.

إذا استوقفهم رجل للشرطة، ووجه إليهم بعض الأسئلة للتحقق من نواياهم Patting down the outer surface of their clothes، ثم أقبعها بتفتيشهم من خارج ملابسهم Stop- and Frisk، لا يمكن أن يهدوه هو أو المارة بها، فإن هذا التفتيش في الطريق العام Am on-the- street Investigation لا يكون مخالفاً لا للمستور ولا للقانون، إذ هو إجراء في شأن أشخاص قد يكونون حاملين لأسلحة؛ فضلاً عن الشبهة التي تحيط بهم بالنظر إلى تصرفاتهم.

ومن ثم يكون استيقافهم لمدة قصيرة، متوخياً تحقيق غرض محدد، هو الاستيثاق من هويتهم ونواياهم؛ ثم تفتيشهم توقيفاً لخطر إطلاقهم نيران الأسلحة التي يحملونها، وتلك جميعها مقاصد لرجال الشرطة لا نزاع في مشروعيتها، لتطابقها بشبهة لها أساسها.

والتفتيش على هذا النحو محض استثناء من قاعدة عدم جوازه بغير إذن قضائي تصدره جهة محايدة لا صلة لها بموضوع الإن المطروح عليها، وليس لها مصلحة فيه. وإنما تقدر بنفسها، وعلى ضوء ما لديها من قرائن، محقولة الأمر بالقبض، وبالتفتيش المحدود، في حالة بذاتها ظروفها الخاصة بها.

ووزنها لهذه المحقولة يقتضى أن يكون تقديرها موضوعياً قائماً على ما إذا كان الأمر بالقبض -في حالة بذاتها محددة على ضوء ظروفها- يعتبر إجراء ملائماً من منظور شخص متبصر حذر.

ودون ذلك بتحقيق الإخلال بالحقوق التي كفلها الدستور للمواطن، وأهمها تأمين الحرية الشخصية من كافة العوائق التي لا مبرر لها.

٧٦٨- وهذه الضوابط التي يتعين أن يتقيد بها القائمون على تنفيذ القانون في مجال استيقافهم لبعض الأشخاص لشبهة تتصل بهم، ثم تفتيشهم من الخارج، مختلفه من كل الوجوه عن تلك التي تحيط بإصدار إذن القبض والتفتيش.

ذلك أن القائمين على تنفيذ القانون في الحالة الأولى، لا يواجهون عملاً إجرامياً تم تنفيذه، وإنما بعض الأعمال التي قد تقضى إلى الجريمة. ويتعين بالتالي توقيها بكل الوسائل، بما في ذلك توجيه أسئلة إلى الذين يشتبهون فيهم -بعد استيقافهم- لمعرفة ما ينوون أو

يعترفون. وهم بذلك يحققون في الشبهة العالقة بهؤلاء الأشخاص تثبتاً من صحتها أو من انتفاؤها، ويدخلون بذلك خطراً وشيكاً قد يتحقق، لو أنهم غضوا بصرفهم عنهم، وتركوهم وما يفعلون.

ويتعين بالتالى التمييز بين تفتيش تم إثر قبض بالمعنى للقانونى. وهو تفتيش كامل يعتبر المرحلة الأولى للاتهام الجنائى؛ ونقطة لبداية لاتخاذ تدابير لاحقة تقيد من حرية الشخص فى التنقل، سواء تبعتها محاكمة أو لم تتصل بها؛ وبين تفتيش محدود أقل نطاقاً بالضرورة من أن يكون تفتيشاً كاملاً، ويخدم مصلحة وقائية مختلفة فى طبيعتها عن المصلحة التى يتوخاها التفتيش اللاحق للقبض المأذون به.

والتفتيش الوقائى بذلك مختصر، ومحدود، ولا يتوخى غير التيقن من حقيقة الشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص. وهى شبهة لا يفترض أن ترقى إلى مرتبة الجزم بحقيقة نواياهم، ولا أن تقوم على أدلة قاطعة أو راجحة، ولا أن يكون التفتيش بسببها متوخىا العثر على أدلة جريمة يعلم رجل الشرطة بوقوعها.

ويتعين على ضوء ما تقدم، أن نقرر أن الأمر فى التفتيش أن يكون معاصراً أو لاحقاً لقبض مأذون به وفقاً للقانون. فإذا لم يصدر هذا الإذن، لم يجز إجراؤه فى شأن أشخاص بغير موافقتهم الحرة التى لا يداخلها ضغط أو إكراه^(١).

والشبهة التى تحيط ببعض الأشخاص، هى التى يقوم بها عبير الاستثناء من شرط الإذن. وهى وإن كانت تخول القائمين على تنفيذ القانون توجيه أسئلة إليهم، إلا أنهم غير ملزمين بالرد عليها، ومن حقهم ألا يحيروها للتفتيش، وأن يمشوا فى طريقهم. فإذا أجابوا عن تلك الأسئلة برضاؤهم، جاز أن تؤخذ هذه الإجابة عليهم^(٢).

ولا يعتبر استماعهم عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليهم، دليل جرمهم. بيد أن الشبهة وحدها تعتبر كافية لاحتجاز من تتلق به، على أن يكون هذا الاحتجاز بصفة مؤقتة، ولضمان مصلحة عموم المواطنين فى إجهاض جريمة التعامل فى المواد المخدرة أو غيرها من الجرائم الخطرة.

(١) لـ أن رجل الشرطة طلب من أحد الأشخاص فتح حقيته، فإن ذلك لا يعتبر قبولاً منه بتفتيشها. ذلك أن خوفه من رجل الشرطة، قد يكون هو الذى دعاه إلى ذلك.

(٢) Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968).

٧٦٩- وثمة تحفظ هام في هذا الصدد، هو أن الشبهة التي تقوم في شأن بعض الأشخاص وتسوغ التحقيق معهم من خلال أسئلة توجه إليهم، لا تقابل الجزم بانتمائهم في الجريمة، أو ترتيبهم للدخول فيها أو اقتحام عزمهم عليها. ولا يجوز بالتالي أن نكتفي بالتحقيق الكامل لأشخاصهم ومتعلقاتهم وعرباتهم، ولا أن تصل الأسئلة في مستوياتها إلى حد استجوابهم في مكان جرّتهم الشرطة إليه، وأصبحوا مودعين فيه، ولو كانت الأسئلة الموجهة إليهم لها طبيعة التحقيق^(١).

Reasonable suspicion of a crime is insufficient to justify custodial interrogation even though the interrogation is investigative.

وكما كان الاحتجاز بناء على اشتباه قائم على أساس، نعين أن يتم بأقل قدر من التدخل في حرية الأشخاص، وبما لا يجاوز المصلحة المقصودة من الاحتجاز، وألا يؤول إلى محاصرة المحتجزين بالوضع تتأكل معها إرادتهم، ليبطل كل دليل تأتي من احتجاز غير مشروع، ولو قام على أقوال أدلى صاحبها بها، إذ هي ثمرة هذا الاحتجاز ونتيجته. ولا يجوز في أية حال أن يمتد الاحتجاز لغير الفترة القصيرة التي تزيل الشبهة أو نفيها.

وقد يبدأ التحقيق مع بعض المشبوهين بموافقتهم، فإذا استطال وتصاعد بغير إذن قضائي، شكل ذلك تلهواً نفسياً سيئاً عليهم، ليتطرق الخل إلى إجاباتهم، فلا يطمأن إليها قانوناً، ولا تصححها موافقتهم السابقة على بدء التحقيق معهم.

المطلب الرابع

الطبيعة التنظيمية لبعض صور التحقيق

٧٧٠- وكما يجوز التحقيق بإذن قضائي، أو بعمل من رجال الشرطة في مواجهة أشخاص يشتبهون فيهم ويستوقفونهم؛ فإن من صور التحقيق ما يكون إدارياً Administrative searches ومن طبيعة تنظيمية Regulatory searches وهذه يجوز إجراؤها بغير إذن، وبغير دلائل أو قرائن يقوم بها رجحان وقوع جريمة.

ومن صور التحقيق التنظيمية في طبيعتها، ما يقام في الطرق السريعة من نقاط المرور Check points هدفها ضبط السائقين المخمورين من خلال إيقافهم وإعادتهم عن الطريق

(١) Florida v. Royer, 460 U.S. 491 (1983).

لفحص رخصتهم، ووثائق ملكية عرباتهم، وإجراء الفحوص الطبية عليهم للتحقق من التزامهم أو تعاطيهم للخمر^(١).

فيذا بان لرجل الشرطة أن قائد السيارة مغمور، أمر بالتقبض عليه. ذلك أن السائقين المغمورين يحرصون للخطر أرواحاً كثيرة، ويطلقون أموالاً كبيرة من جراء تصادم عرباتهم بغيرها، وقتل أو جرح من فيها.

وقد تقام نقاط المرور هذه بقصد ضبط المهاجرين غير الشرعيين الذين يقتحمون حدود الدولة. وفي غير هاتين الحالتين تكون نقاط التفتيش ظاهرة للعيان، ولا تثير فزع من يقودون سيارتهم في الطريق، لأنهم يدركون أن كل سيارة تعبر هذه النقاط يجوز وقفها.

وقد يقوم بتفتيش المحال العامة والمباني، الموظفون الذين منحهم المشرع هذا الحق بقصد التحقق من توافر الشروط الصحية التي تطلبها القانون فيها، أو من استيفائها للشروط التي تفرضها قوانين المباني، كالحد الأقصى لعلوها ومتكثتها ولتزامها خط التنظيم، أو لشروط الأمن الصناعي فيها كتزويدها بأجهزة إطفاء الحريق.

ومن ثم يكون نص القانون مصدر الحق في إجراء هذا التفتيش الذي يتعلق في الأعم بالتحقق من توافر الشروط التي تطلبها القانون في بعض المهن التي تتصل في مجملها بفرائض للرءاء العام Public welfare كمحال التعامل في المواد الغذائية والأسلحة والخمور والخرقة. ذلك أن هذا التفتيش لا يتوخى الحصول على دليل جنائي، وإنما مجرد التحقق من توافر شروط في هذه المحال والمباني فرضها القانون على شاغليها، حتى يستقيم نشاطها وفقاً للقانون. وهي كذلك محال مفتوحة لكل من يطرقها، ولا يتوافر للقائمين عليها بالتالي حق في التوقع المشروع لخواص حياتهم^(٢).

ويفترض ذلك ألا يخرج القائمون بالتفتيش عن حدود واجباتهم، وأن يكون هدفهم مجرد التحقق من أوضاع تطلبها القانون في هذه المحال والمباني. فإن انحرفوا عن واجباتهم هذه من

(١) ويدخل كذلك ضمن هذه الصور تفتيش المسجون ولماكن العمل العام، ولماكن خردة السيارات. Automobile junkyards.

انظر في ذلك قضية:

New York v. Burger, 482 U.S. 691 (1987).

(٢) Colonnade Catering Corp. v. United States, 397 U.S. 72 (1970)

يلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية تتخطى في هذا الموضوع، قسرة تتطلب الآن التضامني لتفتيش بعض المحال، ومرة لا تتطلبه في محال أخرى، دون ضابط منطقي مفهوم.

خلال إساءة استعمال السلطة، أو عن طريق اقتحام بعض خواص الحياة التي لا شأن لهم بها، كان عملهم مخالفاً للدستور والقانون^(١).

المطلب الخامس

القبض أو التفتيش الذي يجريه شخص من آحاد الناس

٧٧١- وأخيراً يتعين أن يلاحظ أن القيود على القبض والتفتيش التي يفرضها الدستور، هي قيود في مواجهة السلطة التي تقوم بإجرائها Against the government. ولا شأن لهذه القيود بالتالي باقتحام شخص من آحاد الناس لمكان خاص، وضبط ما به من الأشياء. ذلك أن مخالفة السلطة للدستور، تقتض خروجا على الفرائض التي تقتنها، وغير رجال السلطة لا يتقيدون في مجال القبض والتفتيش بالقيود التي يفرضها الدستور عليها، ما لم تقوم صلة بينها وبين القائم بالقبض أو التفتيش، بأن كان يعمل لحسابها أو بمعاونتها الإيجابية، أو بترخيص منها. Acting for, or on behalf of or with the active assistance of the government.

فإذا لم تكن صلة من هذا القبيل، كان تدخل الشخص في شئون الآخرين سواء بالقبض عليهم أو بتفتيشهم، ولما في نطاق تصرفاته الشخصية Purely private capacity. التي يسأل عنها، وعلا مخالفاً بالتالي للدستور أو للقانون^(٢).

المطلب السادس

القبض والتفتيش وفقاً للدستور

مصر وقضاء المحكمة الدستورية العليا

٧٧٢- وفي مصر -وعلاً بنص المادة ٤١ من الدستور- تعتبر الحرية الشخصية أصلاً، وصونها لا يجوز أن يمس. ووفقاً لهذه المادة ذاتها، فإن شرط جواز القبض والتفتيش -رفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- هو أن يصدر به أمر من القاضي المختص أو من النيابة وفقاً للقانون، وبناء على ضرورة يستلزمها التحقيق وصيانة أمن المجتمع.

(١) United States v. Biswell, 406 U.S. 311 (1972).

(٢) Antonin Scalia, Federal Constitutional Guarantees of Individual Rights in the United States of America, in Human rights and judicial review; A comparative perspective, edited by David M. Beauty, International Studies in Human Rights, Vol. 34, p.58.

فإذا استوفى أمر القبض أو التفتيش الشروط المتكتم بيانها، تعين -وعلاً بنص المادة ٤٢ من الدستور- معاملة من يقبض عليه أو يقبض حريته على نحو آخر، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان. ولا يجوز بوجه خاص إيداعه بدنياً أو معنوياً.

ويكفل نص المادة ٤٤ من الدستور، حرمة المساكن، ويمنع دخولها أو تفتيشها بغير إذن قضائي يكون مسبباً وفقاً لأحكام القانون. ولا تقتصر الحرمة على المنازل المشار إليها في المادة ٤٤ من الدستور، ولكنها تمتد كذلك -بمقتضى نص المادة ٤٥ من الدستور- إلى حياة المواطنين الخاصة، وإلى مراسلاتهم البريدية والبرقية ومحادثاتهم التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال التي لا تجوز مصادرتها أو الإطّلاع عليها أو مراقبتها إلا بأمر قضائي يكون مسبباً، ولمدة محدودة، وذلك صوناً لمريتها.

٧٧٣- وتقرر المحكمة الدستورية العليا -من خلال مقابلتها بين المادتين ٤١ و٤٤ من الدستور- أن الدستور فرق بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المنازل. فبينما تجيز المادة ٤١ من الدستور القبض على الأشخاص وتفتيشهم إذا صدر بهما أمر قضائي وفق الشروط المنصوص عليها فيها، والتي ليس من بينها أن يكون هذا الأمر مسبباً، ولم تستثن من صدور هذا الأمر سوى حالة التلبس بالجريمة؛ فلن هذا الاستثناء لا يقوم في شأن نص المادة ٤٤ من الدستور التي جاء حكمها مطلقاً غير مقيد. وهو ما يحتم صدور الأمر القضائي في كافة صور تفتيش المساكن لضمان حرمتها، على تقدير أنها مستقر من يشغلونها وموطن مكنتهم؛ ولأنها كذلك مهاجهم التي يأوون إليها، ومكان أسرهم التي يودعونها فيها. فلا تكون حرمتها غير جزء من الحرية الشخصية.

ولا كذلك تفتيش الأشخاص، إذ يجوز أينما وجدوا -وبغير أمر قضائي- حال تلبسهم بالجريمة.

ومن ثم يكون الدستور قد أحاط دخول المنازل وتفتيشها بضمانتين هما صدور أمر قضائي بذلك، وأن يكون هذا الأمر مسبباً.

ولا تكفي حالة التلبس لإسقاط هاتين الضمانتين. ذلك أن إعفاء تفتيش الأشخاص من شرط صدور الأمر القضائي في حالة التلبس بالجريمة وفقاً لنص المادة ٤١ من الدستور، ليس إلا استثناء لا يقلص عليه^(١).

(١) دستورية عليا -القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٨٤/٦/٢ -قاعدة رقم ١٢- ص ٦٧ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة.

المطلب السابعإخلال القِيَضِ والتفتيش غير المبرر بالحق في حرمة الحياة الخاصةThe right to privacy

٧٧٤- الحق في حرمة الحياة الخاصة من أهم الحقوق التي تحرص الدساتير المعاصرة على ضمانها^(١)، وهو وثيق الصلة بكرامة الإنسان وفي أن يظل آمناً مطمئناً إلى أن الجدران التي تحيط به لن تخترقها أذان تفتحها ولا عيون ترصد ما يدور داخلها. ومن ثم لم يكن إغفال النص على هذا الحق في بعض الدساتير، حاجباً لوجوده، ولا مانعاً من تقريره، فقد صار هذا الحق مكفولاً. تستنداً على بعض الحقوق التي نص للدستور عليها، كالحق في ألا يتم التفتيش أو التفتيش في غير ضرورة، وأن تكون المنازل حرمتها، وللوسائل البريدية والبرقية والهاتفية سريتها، لتشكل هذه الحقوق جميعها -رماً هو على منوالها- إطاراً لعموم الحق في خواص الحياة، فلا يكون هذا الحق غير قبض للحقوق التي صرح للدستور بها وكفل ضمانتها.

فالدستور قد يكفل بالنص على حرية القول وحرية الصحافة. ولكن هذه الحرية ذاتها يضمنها بصورة أفضل، ويعطيها فاعليتها، ليس فقط مجرد النطق بالكلمة أو طباعتها، وإنما يقويها الحق في قراءتها وتلقيها، وضمان توزيعها ونشرها، والحق في التحقق من صحتها، وحرية تعليمها وتلقيها. ذلك أن الآراء علي اختلافها من وسائل الاتصال التي يعبر الأفراد بها عن معان يريدون نقلها إلى الآخرين، من خلال برقياتهم وخطاباتهم. وهواتفهم وغيرها من وسائل الاتصال التي تتلور رسالة يحرصون على اتصال غيرهم بها.

وقد يكفل الدستور الحق في التعليم. ويعتبر هذا الحق مشتملاً بالضرورة على حق الآباء في اختيار المعاهد التعليمية التي يرونها أكثر ملاءمة لأبنائهم، وأكثر لتطوير ملكاتهم، ولأنى لنوع التعليم الأقرب لظروفهم.

وضمن حرية التعبير يطرح بالضرورة تقرير الحق في الاجتماع، باعتباره إطار هذه الحرية وقاعدتها، والطريق إلى ترويجها.

(١) تلخص الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من دستور جمهورية مصر العربية علي أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون. وقد قضى بأن الحماية التي يكفلها الدستور للحق في الحياة الخاصة سواء في نطق العائلة أو الزواج أو الحمل، لا تتسع للسلوك الجنسي الشاذ، ولو كان رضائياً.

Consensual homosexual sodomy [Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)].

بمسا مؤداة انتقاء وجود أى حق دستوري في اللواط، لا في نطاق الحرية المنظمة، ولا على صعيد الحقوق الفارقة في قيم أو تقاليد المجتمع، بل هو جريمة ضد الطبيعة A crime against nature.

فإننا نص الدستور على حرية الاجتماع، تلزع عنها حق الفرد في اختيار المنظمة التي يريد الانضمام لها، وحق الخروج منها، وحق الالتحاق بكثير من واحدة يعمل من خلالها على تحقيق الأغراض التي يطلبها. ولكل منظمة تم تأسيسها وفقا للدستور -ولها كان شكلها أو نوع نشاطها- الحق في ألا تقدم للجهة الإدارية بيانا عن أعضائها. ذلك أن حرية الاجتماع -وكلما كان موافقا للدستور- تفيد بالضرورة أن يكون هذا الاجتماع مطلقا، مقصورا على أفراد تجمعهم وحدة المصالح التي يدافعون عنها، وأن تكون خولص حيلتهم بما في ذلك أسلؤهم- والقة وراء جدران مغلقة.

٧٧٥- ولا يحيط للدستور بكافة أشكال الحياة الخاصة للمواطنين، وإنما يركز عادة على بعض مظاهرها أو أنماطها^(١) كحق كل فرد في أن يختار زجاء، وأن يتخذ ولدا، وحق المرأة في ألا تحصل^(٢)، ولا شبهة في أن للحقوق المنصوص عليها في الدستور، ضمانات التي ترتبط بغيرها من الحقوق التي تعطىها معانيها وتثيرها. فلا تفصل الحقوق المنصوص عليها في الدستور عن غيرها مما يتكامل معها. بل إن الحقوق القائمة في الدستور، غالبا ما تشي بحقوق جديدة تستتبع منها عقلا، لتكون الحقوق الجديدة من قبض الحقوق القائمة بالنظر إلى الصلة المنطقية التي تضم بعضها إلى بعض، أو تفرع بعضها عن بعض Penumbras of constitutional provisions^(٣).

٧٧٦- وكثيرا ما يظهر الحق في حرمة الحياة الخاصة The right to be let alone، من خلال مناطق من الخصوصية تكفلها نصوص صريحة في الدستور. فالحق في الاجتماع، مفاده أن يخلق على أفراد تضمهم وحدة المصالح التي تقرهم من بعضهم، فلا يكون الاجتماع مفتوحا لغيرهم.

وحق الأفراد في ضمان حرمة أوراقهم وممتلكاتهم وأشخاصهم ومنازلهم من صور القبض أو التفتيش غير المبررة، ما تقرر إلا لضمان بعض مظاهر الحياة الخاصة التي لا

(١) يقتضي التحديل التاسع للدستور الأمريكي، بأن النص في الدستور على حقوق بعضها، لا يجوز أن يفسر على معنى إكثار أو تعطيل حقوق أخرى يحتجزها الشعب لنفسه.
انظر في ذلك:

The rights retained by the people: The history and the meaning of the ninth amendment [Randy E Barnett, ed., (1989)].

وتؤكد لغة وتاريخ هذا التحديل على أنه إلى جانب الحقوق الأساسية المنصوص عليها في التحديدات الشاذية الأولى للدستور الأمريكي، توجد حقوق أساسية اضيقه لا يجوز أن تتدخل الدولة فيها.

(٢) The right of a woman to determine whether or not to bear a child.

(٣) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

يجوز اقتحامها، وحق الأشخاص في ألا يشهدوا على أنفسهم جبراً عنهم بما يدينهم بمؤاده تحويل كل فرد الحق في أن يعتصم بمناطق من خواص حياته ينكثها عن الآخرين حتى لا يكشفها لأحد بما يضر بمصلحته.

٧٧٧- وتظل الحقيقة المحورية في النظم الدستورية جميعها، هي أن النص في الدستور على حقوق بنواتها، لا يحول دون للتصليم بحقوق أخرى ترتبط بها، وتعطيها معانيها باعتبارها من فيضها^(١). وهي قاعدة مفادها أن دائرة الحقوق المنصوص عليها في وثائق إعلان الحقوق، غير مغلقة على نفسها، ولكنها تتبسط من خلال التفسير عليها.

٧٧٨- وسواء نطق الأمر بالحق في الخصوصية أو بخبره من الحقوق المنصوص عليها صراحة في الدستور، أو التي تستخلص ضمناً من مفهوم قواعده وأصول أحكامه، وجوهر المسائل التي ينظمها، فإن للحقوق جميعها دائرة لا يجوز اقتحامها.

ذلك أن الدخول فيها يعرّض هذه الحقوق ذاتها، أو يحد في غير ضرورة- من إنباتها لثمارها. وإذا جاز للمشرع على ضوء هذا الأصل، أن ينظم الوسائل الواقية من الحمل، وأن يحدد صور التعامل فيها وطرق توزيعها؛ إلا أن مصادرتها أو حظر استعمالها، يناقض الحق في صون دخائل العلاقة الزوجية The right of marital privacy التي تعني أن تكون أنق أسرارها بيد أصحابها يقيمونها بالوسائل التي يرون ملائمتها. ذلك أن العلاقة الزوجية تمثل لأطرافها أعق مظاهر حياتهم خفاء، وأغلظها مثقلاً بعد أن أفضى بعضهم إلى بعض بما لا يجوز لأخرين أن يعرفوه، فلا يكون همسها، ولا خير مظاهرها أو شرها، ولا قراراتها الدلالية، إلا تعبيراً عن أخص حرمتها^(٢). بل إن العلاقة الزوجية هي نتاج حقوق الأفراد في الاجتماع والتواصل Associational rights.

وتؤكد المحكمة الدستورية العليا هذه الحقيقة بقولها بأن الزوجين يمتزجان في وحدة يرتضيانها، ويتجان بلقاء جوهرها، لئلا ينبتا مترامياً على طريق نماتها، وغير امتداد زمناها. وهي بذلك تعد نهجاً حميماً ونبعاً صافياً لألق مظاهر الحياة وليلها أثراً، ليكون

(١) حق المرأة في ألا تحمل ليس بحق مطلق، بل هو من قبيل الحقوق الموصوفة

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Bellotti v. Baird, 443 U.S. 622 (1979); Bigelow v. Virginia, 421 U.S. 809 (1975).

(٢) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

الزواج في مضمونه ومروءه، عقيدة لا تنقسم عراها أو ثمن صلابتها، وتصل روابطها في عمقها إلى حد قسميتها، لتظهر الحياة الشخصية من خلالها في أكثر صورها تألقاً وتراحماً^(١).

٧٧٩- وحتى إذا كفل الدستور الحماية لبعض مظاهر الحياة الخاصة، فإن ذلك لا يفيد استبعاد ما سواها من ملاحظها. ذلك أن حرمة هذه الحياة مبدأ عام ينظمها في كل صورها وأشكالها^(٢) Non inclusive list of rights. يؤيد هذا النظر:

أولاً: أن الحماية الدستورية كما تتعلق بالحقوق التي نص الدستور صراحة عليها، فإنها تغطي كذلك تلك التي تدرج ضمنها تحتها، وتعتبر من مشمولاتها. وقد آمن الذين صاغوا وثائق إعلان الحقوق، بأنها موجهة ليس فقط لحماية الحقوق التي عدتها حصراً، وإنما كذلك لصون حقوق أساسية إضافية لا نص عليها في هذه الوثائق، إلى حد القول بأن الحق المجرد في الاجتماع، يفترض اختيار الزوج لزوجته، باعتبار أن الأسرة التي يقيمها في إطار علاقة الزوجية، هي في حقيقتها شكل من أشكال حرية الاجتماع.

ثانياً: أن القيم التي يحتضنها الدستور لا تنفصل عن وسائل تحقيقها. ومن المتصور بالتالي أن تنوع هذه الوسائل، وأن تتعدد دروبها، وأن تتطور مفاهيمها، لتقضى جميعها إلى تلك القيم، فلا تكون إلا طرائق لضمانها. وهي طرائق يكفل الدستور مرونتها حتى لا تحد حركته وينكسر في مواجهة الآمال الجديدة وطموحاتها، وتظل الحرية المنظمة Ordered liberty^(٣) أبوابها المفتوحة.

ثالثاً: من المحذور في إطار الحق في الحياة الخاصة، أن يفرض المشرع على الأفراد، نمطاً معيناً لحياتهم؛ ولا أن يصبها في جدران يقيمها؛ ولا أن يلزمهم بنوع الحياة التي اختارها لهم. فلا تكون أسوارها غير تحديد كامل لأشكالها.

يؤكد هذا النظر، أن الحقوق التي احتجزها الدستور للمواطنين كافة، لا تتحدد دائرتها إلا على ضوء أوضاعهم المتطورة. وهي بذلك في اتصال دائم باحتياجاتهم، لتخرج هذه الحقوق

(١) القضية ٢٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ - لقاعدة رقم ٣٨ - ص ٥٦٧ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Griswold v. Connecticut, ibid, at 488, 491, 492.

وفي نطق حماية الحق في الخصوصية قضى بعدم دستورية تجريم حيازة شخص لمواد ماجة، لاستعمالها في بيته الخاص.

Stanley v. Georgia, 394. U.S. 557 (1969).

(٣) Paiko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).

إلى أفاق مفتوحة تكفل حيوية حركتها واتساع مجالاتها. وإذا صح القول -وهو صحيح- بأن دائرة الحقوق المنصوص عليها في الدستور يضطرد اتساعها من خلال تفسيرها المرن والمتطور، إلا أن تقليصها لا يجوز إلا بتعديل الدستور.

٧٨٠- على أن حق الفرد في حرمة الحياة الخاصة، لا يتعلق فقط بنطاق المسائل الشخصية التي حجبها عن الآخرين؛ ولا بالحق في أن يتخذ أكثر قراراته اتصالاً بمصيره، وأشملها تأثيراً في أنماط الحياة التي يفضلها؛ ولا بالعلاقات الزوجية وما هو صميم من روابطها، بما يعينها على الانماء والتكامل ويكفل وحدتها^(١)؛ ولا بمعلوماته التي يتلقاها أو يحوزها في شأن أخص الروابط وأصدقها بدخائل نفسه. ذلك أن حق الناس جميعهم في حرمة خواص حياتهم، مفهوم عام يتناولها من أقطارها كافة، ليشمل كل ما ينبغي كتمانها منها في نطاق توقعهم المشروع. فلا تتسلقها الدولة زحفاً عليها بما يقوض أكثر للعلاقات الشخصية صفاء ومودة وثقانياً، ويهدر للقيم الخلقية التي تحيط بالحياة وتكفل دوامها واستقرارها.

٧٨١- وتفترض حرمة خواص الحياة؛ حظر تدخل السلطة بغیر مبرر فيما ينبغي أن ينفرد به كل إنسان من الشؤون، وعلى الأخص تلك التي تتعلق ببناء الأسرة وإجباها، وباختيار نوع التعليم لأبنائها، وبتقويمهم خلقياً ونفسياً. وكذلك حق الأسرة في تحقيق قيمها، وتقييم مناحي سلوكها، وأن تعمل في نطاق أعرافها وتقاليدها بما يكفل تماسكها، ويوثق روابطها، ويصون تراثها.

ومن ثم ارتبط الحق في تكوين الأسرة بالحق في صونها على امتداد مراحل بقائها بما لا يخل بوحدتها أو يؤثر سلباً في القيم التي تتصهر فيها.

بما موداه -على حد قول المحكمة الدستورية العليا- أن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغواراً لا يجوز للنفاذ إليها، وينبغي دوماً ألا يقتحمها أحد ضماناً لمسيرتها؛ وصوناً لحرمتها. فلا يكون اختلاس بعض جوانبها مقبولاً.

وهذه المناطق من خواص الحياة ودخائلها، تصون مصلحتين تتكاملان فيما بينهما، وإن بديناً منفصلتين. ذلك أنها تتعلقتان بوجه عام بنطاق المعاملات الشخصية التي ينبغي كتمانها.

(١) يلاحظ أن المؤسسة العائلية من بين أهم المؤسسات التي توليها المحاكم اهتمامها في مجال صون حرمتها وخصوصياتها: انظر في ذلك:

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1928).

لحق الأفراد في العيش سوية في نطاق عائلة تجمعهم، يعتبر حقاً دستورياً.

وحجبها عن الآخرين؛ وكذلك بما ينبغي أن يستقل به كل فرد من سلطة التقرير فيما يؤثر في مصيره.

وتبطل هذه المناطق جميعها التي يلوذ للفرد بها، مطمئناً لحرمتها، وامتناع إخضاعها لأشكال الرقابة ولأوثاقها على أخلاقها، الحق في أن تكون للحياة الخاصة ترحمها، باعتبار أن صونها من العوان، أوثق اتصالاً بالقيم التي تدعو إليها الأمم المتحضرة، وأكفل للحرية الشخصية التي يجب أن يكون نهجها متواصلاً، ليوائم مضمونها الآفاق الجديدة التي تروى الجماعة إليها^(١).

٧٨٢- وكلما حظر المشرع -من خلال عقوبة جنائية فرضها- على الأفراد القيام لعمل معين، وكان منعهم من هذا العمل تتخللاً من المشرع في خواص حياتهم، كان موقفه في ذلك مخالفاً للمنتور.

وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا في شأن نص المادة ٨ من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التي حظر بها المشرع احتجاز أكثر من ممكن في الليل الواحد، وقرن هذا الحظر بعقوبة جنائية لضمان تنفيذه، وبجزاء مدني لأبطل به كافة العقود التي تم أو التي يتم إبرامها بالمخالفة لحكمه.

وتؤسس المحكمة قضاءها بمخالفة هذا الحظر للمنتور، على أن الذين يحتجزون أكثر من ممكن في البلد الواحد، مكلفين بمقتضى نص المادة ٨ المشار إليها بأن يقدموا إلى محكمة الموضوع -في جلساتها المفتوحة للكافة- أدلتهم على توافر مبرر هذا الاحتجاز. وهم بذلك يخوضون فيها ويعرضونها على كل من حضر جلساتها هذه، كاشفين عن بعض أخص دخائلهم وأوثاقها اتصالاً بخواص حياتهم التي ما قصد للمنتور بحمايتها غير أن يوفر لهذه الحياة أسرارها لينتكتها أصحابها عن الآخرين.

فإذا حملهم المشرع على انتهاكها بأنفسهم من خلال تقديم أدلتهم على توافر المبرر المبرر لهذا الاحتجاز، كان تصرفه مخالفاً للمنتور، وعلى الأخص في نطاق الأسرة التي تقوم في

(١) انظر في ذلك القضية رقم ٣٣ لسنة ١٥ قضائية دستورية -جلسة ١٩٩٥/١٢/٧- قاعدة رقم ١٧- ص ٢٩٧ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

جوهرها على وحدة بنيانها وترابط مصالحها، فلا تكون نهبا لأخرين يقعون على أسرارها، وقد يطلعون على عورتها^(١).

٧٨٣- وتطوق الحماية الدستورية بخواص الحياة للناس جميعهم، مؤداه انصرافها إلى شئونهم الشخصية وإلى حرمة مساكنهم، وإلى حق ضحايا الجريمة في كتمان أسمائهم عن الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، وعلى الأخص ضحايا الجرائم الجنسية من النساء اللاتي يشهر بهن نشر وقلعها بما يعرضهن لأشكال من الحرج لا قبل لهن بتحملها، وقد بمنعهن النشر المحتمل عن هذه الجرائم، من الإبلاغ عنها، ليفر جناتها من صور الجزاء التي تردعهم وتمنع ترديدهم في الجريمة من جديد. وقد تنظ عاقلة في الأذهان -ولسنتين طويلة- التفاصيل الكاملة التي ربطتهن بتلك الجرائم، فلا يكون بيان أسمائهن في الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام، غير إهدار متصل لكرامتهن. وربما عزلهن بصفة كاملة عن محيطهن.

كذلك لا يجوز لأية جهة -ولا تعين مساهلتها مدنيا وجنائيا- أن تتخذ من اسم أو صورة شخص معين -بغير موافقته- مجالا لاستغلالهما تجاريا سواء من خلال إعلان أو مطبوع. فإذا كان هذا للشخص قد توفي، تعين على من يعلن الاسم أو الصورة بقصد ترويجها أو الترويج منها، أن يحصل على موافقة ورثته.

والقول بأن نشر هذه الصورة أو الاسم، هو استعمال لحرية التعبير، مردود؛ بأن هذه الحرية لا تنافس حق الناس جميعهم في أن تكون لهم ملائمتهم التي يغثون إليها من عناء يومهم، ويهجمون إليها مطمئنين إلى خفائها عن الأعين التي تنقحها، وأن تحظى أسمائهم وصورهم بالتالي بالحماية التي تحول دون تداولها لأغراض تجارية، بل ولو كان نشر صورة الشخص، لا يخلط بالربح أو يتوخاه. ذلك أن الحرية ينقضها إطلاقها، ويكفلها إمعانها من أعتها حتى لا تتحول إلى حرية منجرفة لا عاصم من ضرورها.

وما ينشر من التقارير أو الأخبار الكاذبة عن أشخاص بما يشوه سمعتهم، يعتبر إخلالا بالحق في خواص حياتهم، بشرط أن يكون الجناء قد اندفعوا إلى نشر تخرصاتهم غير عابئين بصدقها أو كذبها Reckless behavior؛ وكذلك إذا كانوا يدركون زيفها، ولم يمنعهم من نشرها، علمهم بيهتانها Fraudulent intent^(٢).

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية ص ٩٢٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

ويظل واجباً أن نوازن بين حرية التعبير ومتطلباتها من جهة؛ وبين نطاق القيود التي تنظمها وتحدد إطار حركتها بما لا يرهقها.

فالناس في منازلهم التي يلوذون بها لضمان راحتهم، ويعتصمون بحرمتها من كل دخيل عليها، يؤرقهم أن يطرق أبوابها أغيار يفرضون عليهم مطبوعاتهم بالطريقة التي يرونها، وفي الأوقات التي يختارونها، سواء كانوا راغبين في تلقيها أو عازين عنها.

ذلك أن ضمان الناشرين أفضل الفرص لترويج بضاعتهم، ليس حقاً مطلقاً غير مقيد بالقيود التي تنظم طريقة ترويجها وزمنها ومكانها. وإنما تثير الحقوق التي يكفلها الدستور لأصحابها -وبالضرورة- حقوقاً لآخرين ينزعونهم فيها، أو يضارون بسببها. ويتعين أن يتحقق التوازن بين هذين النوعين من الحقوق بما لا يخل بالإطار المنطقي للحياة المنظمة.

وشرط هذا التوازن، ألا يقتحم الموزعون لمطبوع منازل آخرين ليفاجئوا بوجوده تحت أبوابها بغير قبولهم، ولا أن يتكروه في صناديق البريد التي تخصصهم. فلا يكون إطلاعهم على ما فيه، عملاً اختياريًا. شأن الآراء التي يروجونها من خلال مطبوع يلقون به إلى الناس في منازلهم أو ملحقاتها، شأن الصور الخلية التي يعثونها إليهم في هذه الأماكن بغير علمهم، سواء أكانوا من ملاكها أو مستأجرين لها.

ذلك أن مدامتهم بالصور الفاسقة، وما يقارنها من إمكان اللقاء بأصحابها في العناوين التي تذيل تلك الصور بها، وما يصاحبها كذلك من فحص التطبيق على أوضاع جنسية يمارسونها؛ كل ذلك يفجعهم في أدق مشاعرهم وينالض قيمهم الخلقية. ولثرها على الصغار -الذين تتصل أيديهم بها- أسوأ عاقبة وأفذح خطراً. وهو ما يتحقق على الأخص كلما تعذر على البالغين والقصير تجديها بعد فرضها عليهم^(١).

٧٨٤- ومن هذا المنطلق، لا يجوز لنقابة تعمل للدفاع عن مصالح عمالها، أن توجه إلى أربابهم في منازلهم، رسائل تشوه سمعتهم، أو تحرض العمال على الثورة عليهم بما يخل بالنظام في جهة العمل، وعلى الأخص إذا لم تكن لهذه الرسائل صلة منطقية بالأغراض التي تقوم النقابة على تحقيقها.

٧٨٥- ويظهر مما تقدم أن لحماية حرمة الحياة الخاصة لشكالا متعددة، أهمها:

(١) انظر في ذلك: مؤلف الأستاذ جاك روبير بالتعاون مع الأستاذ جان دي فار Jean Duffar وعنوانه حقوق الإنسان وحرياته الأساسية - الطبعة الخامسة ص ٣٦٩ وما بعدها.

أولاً: حماية حرمة المنازل من اقتحام أغيار لها، أو تنصتهم على ما يدور فيها، أو تصويرها بغير موافقتهم، ولو بطلقة.

وكما أن سيادة الدولة على إقليمها لا يجوز انتهاكها، فإن منزل الشخص يمثل بالنسبة إليه المكان المتميز *Le lieu privilégié* الذي لا يجوز أن ينازعه أحد فيه، ولو كانت السلطة العامة هي التي تدبصرها لاختلافه. ذلك أن المسكن ليس مجرد مكان اختاره للشخص لنفسه ليقيم فيه؛ وإنما هو ملجأ يعتصم به من تدخل الآخرين، ويؤمن لقتلهم لأسراره، ووقوفهم على خباياه، وهتكهم لما يدور فيه مما يتعلق بخواص حياتهم.

وسواء فسر للمنزل تفسيراً ضيقاً بقصره على المكان الذي يتخذ الشخص سكناً، أم كان تفسيره واسعاً مشتملاً على كل مكان يرتبط به الشخص برابطة لها خصوصيتها، ولو كان قارباً خاصاً بمخر البحار، ويتخذ الموجدون فيه مستقراً لهم؛ أو كان مكاناً يزاول فيه حرفة أو مهنة، فإن قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان مضطرد على رفض كل مفهوم ضيق للمسكن، ويلحق به كل مكان يباشر للشخص فيه نشاطاً تجارياً أو مهنياً يقتضى أن يظل في مأمن من التدخل التحكيمي لرجال السلطة؛ وإن جاز التدخل في حرمة المكان -مفسراً على النحو المتقدم- بناءً على أمر من قاضي التحقيق، أو من قبل أحد رجال الضبط القضائي في الجرائم المتلبس بها^(١).

وقد مايز قضاء المحكمة الدستورية العليا بين حرمة المسكن المنصوص عليها في المادة ٤٤ من الدستور من جهة؛ وبين حق القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر من جهة أخرى. وهي تؤسس اجتهادها في ذلك على أن الدستور غاير في الحكم بين هاتين الحالتين، فبينما لا تجيز المادة ٤١ من الدستور -وفيما عدا حالة التلبس بالجريمة- القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو تقييد حريتهم على نحو آخر، أو منعهم من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن الجماعة، على أن يصدر الأمر من القاضي المختص أو من النيابة. وليس بشرط أن يكون مسبباً؛ فإن نص المادة ٤٤ من الدستور لم تجز دخول المساكن ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي يكون مسبباً. ولم تستثن من ذلك حالة التلبس بالجريمة.

وترد المحكمة الدستورية العليا حرمة المساكن التي كفلتها المادة ٤٤ من الدستور بإطلاق لا تخصيص فيه، إلى خليط من الحقوق والحريات التي نص الدستور عليها. إذ

(١) Cour 16-12-1992, Niemietz, n os 30-31.

تؤسسها على الحرية الشخصية، وكفرع منها، وكذلك على الحق في حرمة الحياة الخاصة. التي تكشفها خصائص المسكن باعتباره مهجماً للفرد، وموطن سره، وموطئ سكينته^(١).

وربما كان من الأوفق، أن توصل المحكمة الدستورية العليا حرمة المسكن على الحق في حرمة الحياة الخاصة المنصوص عليه في المادة ٤٥ من الدستور باعتباره الحق الأقرب اتصالاً بهذه الحرمة. ولئن كان اتخاذ الشخص مكاناً يستقر فيه، فرعاً من إرادة الاختيار التي تتفرع بدورها عن الحرية الشخصية، إلا أن حرمة الأماكن المسكونة، مردها إلى خصوصيتها من جهة اطمئنان ساكنيها إلى أن ما يدور في داخلها، لن ترصده أذان مرهفاً سمعها، وإن تبصره عيون تريد خرق حجبها، وأن أحاديثهم بها أو حتى إيماءاتهم لن يكشفها أحد، وأن أسرارهم في قلاع منيعة حصونها، مسئلة سئرها، تحيط بها ظلمة حالكة حتى لا تقع يد متطفلة عليها، أو تغوص في أعماقها بقصد هنكها، ولو لمجرد التحقير بأصحابها.

ولئن كان الدستور قد أفرد لحرمة المسكن، حكماً قائماً بذاته يتقدم نص المادة ٤٥ من الدستور التي تنص على أن حياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون، فذلك بالنظر إلى ضرورة إيلاء اعتبار خاص لحرمة المساكن التي يفر الناس إليها من عناء يومهم مطمئنين إلى أن جدرانها لا لسان لها لتتطرق به، ولا عيون تملكها لتبصر بها، ولا أذان ترهفها لتتسقط بها كل كلمة تسمعها^(٢).

ثانياً: وتعتبر حرمة الرسائل المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من الدستور، واقعة كذلك في نطاق حرمة الحياة الخاصة. ذلك أن الأمل فيها هو سريتها، بل إن سريتها هذه -ولما كان محتواها- تقتض، إذ هي أصل بحكمها بالنظر إلى إفصاحها عن خوالج النفس ولأن مكوناتها. وقد تكون في صورة مناجاة، أو تعبيراً عن ثورة ماحقة أو عن آمال مرتقبة أو مصائر منحدرة. وهي في كل صورها اتصال بالآخرين. ومن خلالها يتبادل أطرافها التعبير عن سخطهم على أوضاع قائمة، أو عن هموم تؤرقهم وتحيط بهم، أو عن عاطفة جامحة تنبض بها قلوبهم. أو غير ذلك من سبل التواصل الحميم أو المذموم بين الناس.

(١) القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية "مسورية" - جلسة ٢ يولية ١٩٨٤ - قاعدة رقم ١٢ - ص ٦٧ وما بعدها

من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) ويلاحظ في الحكم المتقدم أن المحكمة الدستورية العليا خاضت في خصائص المسكن باعتباره مأوى الفرد وموضع سره وسكينته، وإن كانت هذه الخصائص علة الحرمة وليست مصدرها.

ولا يجوز بالتالى فض هذه الرسائل ولا الإطلاع عليها أو تغيير وجهتها، ولا تحريرها عن محتواها، ولا إخفاؤها أو طمس بعض عباراتها؛ ولا إساءة استخدام مضمونها، أو إذاعتها. بخير إن أطرافها.

بل إن الاختراق المتساعد للناس فى أحاديثهم للتليفونية، كان محل انتقاد المحكمة الأوربية لحماية حقوق الإنسان^(١)، مما حمل بعض الدول المعتبرة أطرافا فى هذه الاتفاقية، على أن تعلق جواز رصد أحاديثهم هذه وتسجيلها، على شرط صدور أمر قضائى بها يتغيا للتكليل على وقوع جريمة تخل بصورة خطيرة بالنظام العام، ويقصد الوصول إلى جناتها، وبشرط ألا يتم رصد أحاديثهم عن طريق الخداع أو بالالتواء، وأن يكون لأطرافها حق بيان حقيقتها فى إطار حق الدفاع.

ومن غير المتصور فى إطار الدولة القانونية التى تقوم على قاعدة خضوعها للقانون، وتقيدها بالتالى بقواعد تطو عليها، وتعتبر إطارا لسلوكها وضابطا لتصرفاتها، أن تمتن الرسائل وغيرها من وسائل الاتصال من خلال أعمال تأتيها السلطة التنفيذية بقصد فضها وقفاً على محتواها، ثم مطاردة أصحابها وتعقبهم بعد كشفها عن نوايا أضمرها، أو أفعال أعوا لها عدتها، ولو كان هدفها إجراء تغيير بالوسائل السلمية.

ذلك أن مصلحة الدولة فى صون أمنها حددتها قواعد الدستور. وإطلاق هذه المصلحة من عقابها وإعطاؤها معنى مفرطة فى اتساعها، مؤداه أن تصير الحرية الفردية رهن إرادتها، نقيها وفق مشيئتها أو تقوضها بفعلها. فالجريمة المنظمة، والجريمة الإرهابية، والجناية بوجه عام، لها من خطورتها ما يقتضى رصد مدبريها وتعقبهم. إلا أن ذلك لا يجوز بخير أمر يصدر عن السلطة القضائية فى إطار ولايتها المنصوص عليها فى الدستور، وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥ منه التى تكفل حرمة الرسائل وغيرها من وسائل الاتصال، وتضمن سريتها ولا تجيز مصادرتها أو الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى يكون مسبباً، وموقوتاً بمدة معينة، ووفق أحكام القانون^(٢).

ثالثاً: ويدخل فى إطار خواص الحياة، أن يظهر للشخص أمام الآخرين بالطريقة التى اختارها لنفسه^(٣).

(١) Cour 24-4-1990 Kruslin et Huvig.

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من الدستور على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة بحمها القانون. وظاهر من ذلك أن فقرتها الثانية مفرعة عن فقرتها الأولى.

(٣) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, Droits de l'homme et liberte's Fondamentales, cinquieme édition, p.p 370- 373.

Le droit de la personne d'être perçue par les tiers avec l'apparence qu'il a choisi

ذلك أن الشخصية تتمتع بمظاهر إعلانها والتعبير عنها. ولكن صاحبها قد يختار أن يظهر بمظهر معين قبل الآخرين. فإذا لم يكن هذا المظهر منطوياً عن إخلال بالنظام العام، تعين التسليم به، وتوفير الحماية للصورة التي أراد أن يتخذها، فلا يشوهها أحد.

فالشخصية التي تنشر الأسماء الأصلية التي حرص أصحابها على إخفائها، أو قاموا بتغييرها، تخل بخواص حياتهم، لأنها تظهرهم في غير الصورة التي أرادوها لأسماهم.

وتعبر الهوية الجنسية -والتي تنطق بما إذا كان للشخص ذكر أم أنثى- من عناصر الشخصية. ولا يجوز للدولة بالتالي أن ترفض إدراج البيان الصحيح الخاص بها، ولو نطق الأمر بشخص كان ذكراً ثم صار أنثى أو العكس. ذلك أن عملية تحويله لجنس آخر، تم إجراؤها وفقاً للقانون (Le Transsexualisme^(١)).

وتعبر بالتالي التسليم بالهوية الحقيقية للشخص بكافة عناصرها - فإذا شوهها - بغير موافقة صاحبها - أحد من خلال عملية مونتاج أو عن طريق كاريكاتير يغير من الصورة التي هو بها، أو بوضعها في سياق يعطيها غير دلالتها، كان ذلك إخلالاً بالشخصية التي تتميز بتفردا وبخصوصيتها، وحق معاقبة المسؤولين عن هذا التغيير^(٢). ولتأني في أمراضهم، يقصدون أطباءهم الذين يعرفون حقائق حالتهم الصحية، وعليهم بالتالي كتمان أسرارها.

وتظهر بعض صور الحياة العائلية كذلك في إطار العلائق الاقتصادية بين أطرافها وما أودعه من الأموال في مصارفهم، لتظل من الأسرار التي لا يجوز كشفها. فإذا أعلنتها صحيفة، حق عقابها. ذلك أن موارد الشخص الحالية والمستقبلية، وكذلك تلك التي تملكها زوجته، تتصل بخواص حياتهم التي لا يجوز اختلاسها. وقد يفضل بعض الأشخاص أن تظل هويتهم مجهولة حتى لا يعرفهم أحد. فإذا أذاع شخص عنهم ما يحددها ويظهرها، كان تصرفه مخالفاً للمستور والقانون.

رابعاً: على أن حق الأشخاص في أن يظهروا أمام الآخرين بالصورة التي يختارونها لأنفسهم ويرونها أكثر تعبيراً عن ذاتهم، ليس من الحقوق المطلقة. إذ يجوز أن يفرض المشرع في دائرة بذاتها، صورة يعينها على أشخاص يقعون في نطاق هذه الدائرة، حتى توحد

(١) المرجع السابق ص ٢٢٨.

(٢) فيما يتعلق بالرسوم الكاريكاتورية يوجد تسامح كبير في نشرها بالنسبة إلى القلمين بالمثل العام.

هذه الصورة بينهم، فلا يختلط آخرون بهم. وليس ذلك إلا تعريفاً بهم. ومن ذلك الأزياء التي يفرضها المشرع على رجال الشرطة. أو ضباط الجيش أو الطلبة في مراحل التعليم المختلفة.

وفي ذلك تقرر المحكمة الدستورية العليا^(١).

إن الحرية الشخصية لا ينالها أن يفرض المشرع في <دائرة بذاتها> قيوداً على الأشخاص الذين <يقعون في محيطها> تغير من الصورة التي أرادوا الظهور بها كجزء من ملامح شخصيتهم.

ويندرج في إطار هذه القيود، أن يلزمهم المشرع بأزياء بعينها يرتكونها، بما لا يخلطهم بآخرين لا ينتمون إلى هذه الدائرة، وليس صلة لهم صلة بها، لتظل هذه الدائرة وفقاً على أصحابها، يعرفهم الناس بأزيائهم التي توحد بينهم، وتسهل التعامل معهم. وتلك مصلحة مشروعة لا نزاع فيها.

وتؤيد المحكمة العليا الأمريكية وجهة النظر هذه تأسيساً من جانبها على أنه وإن جاز للمواطنين بوجه عام أن يظهروا بالصورة التي يريدونها، إلا أن المرأة التي تعمل في جهاز الشرطة لا يجوز لها أن تطلق شعر رأسها منسدلاً على كتفيها بالطريقة التي تراها. ذلك أن العاملين في الشرطة يجب أن تتوحد أزيائهم حتى يعرفهم الناس بسهولة من خلالها^(٢).

وقد عارض القاضيان برينان ومارشال -رهما من أعضائها- الحكم المتقدم على سند من القول بأن مظهر الشخص، صورة من الحرية التي يكفلها الدستور. إذ يبلور هذا المظهر الشخصية الفردية ويعطى عنها ويغذيها. وهو كذلك تعبير عن الطريقة التي انتهجها الشخص أسلوباً لحياته.

فضلاً عن أن ضمانات الحرية التي يكفلها الدستور، تشمل مظهره. فإذا لم يعبر عن هذا المظهر بالطريقة التي يراها، فإن الحق في خواص الحياة، والتعبير الذاتي عن الشخصية وتحقق تكاملها واستقلالها، يكون لغواً^(٣).

(١) القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) Kelley v. Johnson, 425 U.S. 238 (1976).

(٣) ويلاحظ أن الآراء المخالفة لقضاء المحكمة ملحقه بذات الحكم السابق.

المطلب الثامنإخلال القبض والتنقيش غير المبرر بالحق في التنقل^(١)La liberté d'aller et venir

٧٨٦- كان الإنسان منذ وجد، دائم الانتقال من مكان إلى آخر، باحثاً عن ملأه وما يقتات به، مقاتلاً أعداءه، حريصاً على أن يتخذ للحياة أسبابها في حدود قدراته. وكان يتردد دائماً فيما بين موارد المياه، ليهجرها بعد نضوبها إلى مورد جديدة يقيم إلى جولها، ويرعى ماشيته حولها. وهو في صراعه من أجل البقاء، في ترحال دائم، ولو إلى أبعد نقطة تبلغها قدماء، يطوع الطبيعة ظروفه، ويسخرها لاحتياجاته. ولم يكن في ذلك كله هائماً أو شريداً. بل واعياً بما يفعل، متخذاً من خطأ في الأرض، طريقاً إلى حياة يطلبها.

وصار حق التنقل في مبدأ أمره، ضرورة يقتضيها الحق في الحياة، وحقيقة مطلقة تصل الحياة بأسبابها، وتعطيها روحها.

وظل الإنسان في إطار هذه الأوضاع في حركة دائبة، لا يستقر في مكان واحد، ينتقل من جهة إلى غيرها. ولما يصل مرة ثانية إلى النقطة التي بدأ الترحال منها.

٧٨٧- وبطور الحياة، وتعد وسائلها، وتزاحم الأفراد فيما بينهم وتناحرهم -ولو لانتزاع ما لا يخصهم- وتوافر مظاهر القوة التي يسلط بها بعضهم على بعض، صار تنظيم الحق في التنقل ضرورة يتطلبها التعايش في إطار الحرية المنظمة، وإن لم يكن ثمة جدل في أصل هذا الحق، ولا في توافقه مع الفطرة التي جبل الناس عليها، ولا في ضرورته لضمان الحق في الاجتماع وتوثيق حرية التعبير، وغيرها من الحقوق التي كفلتها الدساتير ووثائق إعلان الحقوق، كالحق في النقاضى والحق في العمل. وحتى الحق في بيئة نظيفة يعيش الإنسان في كنفها، لا يتصور بغير ضمان الحق في التنقل لتطهيرها من ملوثاتها.

وارتبط الحق في التنقل *Le droit de tout citoyen de circuler à son gré* بالتالي -وعلى ضوء هذه المفاهيم- بأعلى القيم وأرفعها، وصار جزءاً لا يتجزأ من الحق في الحرية، بل ومن الحق في الحياة. وهما حقان لا يتصور ضمانهما بغير حق التنقل، بما يؤمن الحرية من عثراتها، ويوفر للحياة أسبابها، ويعمق مظاهرها.

(١) الحق في التنقل، هو حق في التحرك، وهو حق طبيعي مقرر للأشخاص الطبيعيين وقد قرر المجلس الدستوري الفرنسي أن الحق في التنقل، ذو قيمة دستورية.

٧٨٨- ولم يعد الحق في التنقل مقصوراً على الحدود الإقليمية، وإنما تعدت أسبابه إلى خارجها، وعلى الأخص في مجال عمل الصحافة التي يسقط مندوبها الأخبار من مواقعها، وينقلونها إلى من يتطلعون إلى إثباتهم بها، وتحليلها.

وضار حق التنقل مفترضا أوليا لمباشرة الصحافة لحريتها، وضمانا لتدفق الحقائق من كافة المصادر التي تستقيها منها. ذلك أن حرية الصحافة قوامها حرية إعلان الكلمة من خلال نشرها، حتى تصل إلى كل من يريد الاطلاع عليها، وإن جاز تقييد الحصول على بعض المعلومات، من بعض المصادر، في إطار من الوسائل القانونية السليمة التي تنافي للتحكم.

٧٨٩- كذلك يرتبط ضمان حرية التعبير برصد الأفاق المفتوحة التي تتهل منها، والانتقال إليها للحصول على كل معلومة تتخذها مادة لها. فلا تنطلق هذه الحرية في دائرة ضيقة، وإنما تتجدد روافدها، ويزداد اتساعها، بما يكفل تدفق عطائها، وتوثيقها لكل جديد.

٧٩٠- والحق في التنقل كذلك ضمان لإسهام المواطنين في كل شأن عام، وللحصول من الدولة -رغم طريق مؤسساتها المختلفة- على الحماية التي يرجونها منها، سواء عن طريق اعتراضها بحقوقهم التي أهملتها، أو بمعاونتهم في رد عدوان عليها. وهم بذلك يستوفون احتياجاتهم بالانتقال إليها وعرض ظلماتهم عليها^(١)، فإن لم تسعفهم في إيفائها أو أخرتها عنهم، أو ناجزتهم فيها؛ لم يعد أمامهم سبيل غير الانتقال إلى دور القضاء لتفصل في كل نزاع بينهم وبين السلطة، أو بينهم وبين خصومهم من الأفراد، ليحيط حق المواطنين في التنقل بأطماع حياتهم على اختلافها، ويتوجهاتهم أيا كان الطريق لتحقيقها وبمعاييرهم إلى الحرية والرخاء والتقدم، فلا يكون هذا الحق غير إرادة الحياة بكل مظاهرها^(٢).

وهو حق يشمل للمواطنين جميعهم، لا يميزون فيه عن بعضهم البعض^(٣)، ولو بالنظر إلى عرقهم أو مكانتهم. وهو في النول الفيدرالية حق للقاطنين في كل ولاية، ينتقلون منها إلى غيرها، بغير فواصل إقليمية؛ ودون ما اعتداد بفرهم أو ببطالتهم، وسواء تطلق الانتقال بأشخاصهم أو بأموالهم.

(١) تنص المادة ٦٣ من الدستور على أن لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة ويتوقعه. ولا تكون مخاطبة السلطات العامة باسم الجماعات إلا للهيئات النظمية والأشخاص الاعتبارية.

(٢) يلاحظ أن حق المرأة الساقطة في التنقل للبحث عن زيلتها، لا يرتبط بحرية الانتقال، وإنما بعرضها لجسدها والإجبار فيه وهو عمل غير مشروع.

(٣) ولا يجوز بقتالسي للعدة أن يحظر على أشخاص بذواتهم في الدائرة الإقليمية للمودية، الانتقال من مكان إلى آخر فيها ولا أن يطلب منهم مستندات قبل أن يصرح لهم بهذا الانتقال.

٧٩١- وحق الانتقال إلى ما وراء الحدود الإقليمية للدولة يحظى بالحماية ذاتها التي يكفلها للمستور لمن يتجولون في نطاقها.

وقد يُكون انتقالهم من وطنهم -ولو بصفة مؤقتة- لضمان فرص العمل التي يبحثون عنها. وقد تكون هجرتهم من أوطانهم وفق للشروط والأوضاع التي ينظمها القانون.

ويظل الحق في الانتقال في هذه الفروض جميعها، موزيا في أهميته، طعام الناس وشرابهم، وضربهم في الأرض بحثا عن أرزاقهم، وسعيهم لضمان أمنهم، ونضالهم من أجل حريتهم. إذ هو مدخل لكل ذلك. بل هو يمثل في إطار النظام القانوني للقيم، أكثرها حيوية واتصالا بالحق في الوجود.

٧٩٢- على أن حرية المولطن في التنقل -ولو فيما وراء حدود بلده - تحكمها القيود التي يحيطها المشرع بها، بما لا إخلال فيه بشرط الوسائل القانونية السلمية. وللدولة بالتالي أن تمنع مواطنيها من الانتقال إلى بؤر الصراع، وإلى المناطق التي تتهدد فيها حياتهم بخطر كبير، كالبلدان المعادية، أو التي دهمتها فنن داخلية، أو مزقتها أطماع أجنبية، أو استشرت فيها نوازع عرقية تآكل الأخضر واليابس.

ولا كذلك حرمانها أفراد منظمة بعينها من الانتقال داخل الدولة أو خارجها، ولو كان نشاطها مناولا لها، أو غير مقبول منها. ذلك أن منعه من الانتقال، يفترض سعيهم لتقويض نظمها انقلابا عليها. وهو اعتبار إذا توافر في حق المتورطين في النشاط غير المشروع لهذه المنظمة، لا يقوم في حق اعضائها الأبرياء الذين لا شأن لهم بدائرة إجرامها.

فلا تكون النصوص القانونية التي تحظر تنقل أعضاء المنظمة جميعهم، إلا مفرطة في اتساعها، تخطئ الأبرياء بالمذنبين، وتجمعهم على صعيد واحد، وتردهم إلى دائرة الجزاء عينا، بما يوق حرياتهم التي كفلها للمستور؛ ولو علق المشرع حقهم في الانتقال، على تخليهم عن المنظمة التي انضموا إليها. ذلك أن التحالقم بتنظيم معين في إطار حق الاجتماع، مؤده أن يكون دخولهم فيه، وخروجهم من إطاره، مطلقا على إرادتهم، لا على قرار من الجهة الإدارية.

٧٩٣- ويتعين على جهة الرقابة على الدستورية أن تنظر إلى الحق في التنقل باعتباره أصلا لا يجوز تقييده إلا في أضيق الحدود. فإذا فوض المشرع جهة إدارية في أن تقر بنفسها شروط حرمان المواطنين من حرية الانتقال، فلن يمنعها لمواطن من مباشرة هذه الحرية، يخوله حق النظم من قرارها ومنقشتها كذلك في أدلتها، ثم الطعن علي هذا القرار

حال إصرارها علي تنفيذه. والمحكمة أن تراجعها فيه، وأن تلغيه إذا كان فاقدا لمببهِ، وغير مشروع بالتالي. وهي بذلك تزن العناصر التي قام عليها القرار المطعون فيه، وتحققها وتصل فيها، فلا يكون قرار الحرمان من الانتقال موافقا للدستور والقانون، إلا إذا لقتضته مصلحة لها اعتبارها كتلك التي تتعلق بالأمن القومي^(١).

٧٩٤- ويبدو الحق في التنقل أكثر أهمية في الدول الفيدرالية، بالنظر إلي الطبيعة المركبة لهيكلها السياسي، وباعتبار أن ضمان هذا الحق، يوحد شعوبها في الأجزاء المختلفة لإقليمها، ويكفل تماسكها ويحقق التدخل بين مصالحها، ويزيدها قوة وصلابة تتخطي بها الحواجز الإقليمية التي تفصل ولاياتها أو مقاطعاتها عن بعضها، لتظهر عملا وكأنها كتلة متماسكة شديدة الترابط، عميقة التلاحم، فلا يتمزق نصيبها، وإنما يكون صامدا عبر الأجيال، وخلال العهود المختلفة.

ذلك أن ضمان حرية مواطنيها في التنقل بين أجزاء إقليمها، بغیر قيود تحكمية تعطل حركتهم، يوثق صلتهم بها، ويضمهم إلي بعضهم ويكفل حرية التجارة فيما بينهم Interstate commerce، ويوحد سعيهم لتأسيس وطن واحد ينوبون فيه، ويمحو الفوارق بينهم قدر الإمكان. ولئن كفل الدستور الفيدرالي لكل ولاية أو مقاطعة دخل للدولة الفيدرالية، استقلالها تشريعا وتنفيذا وقضائيا عن غيرها، إلا أن التنقل من ولاية أو مقاطعة إلي ولاية أو مقاطعة أخرى، بعيدة عنها أو قريبة منها، كثيرا ما يكون ترحالا من أجل البحث عن فرص أفضل للعمل، أو استثمار أكثر جاذبية للمال، أو عن معاملة ضريبية أرفق، أو عن معونة اجتماعية أعلى Higher welfare benefits.

وليس لولاية بالتالي أن تصد أبوابها عن معوزين يطرقونها؛ ولا عن والمدين يطلبون العلم في معاهدها ذات المزايا الأفضل؛ أو يترددون علي مرافقها بقصد الانتفاع بها، ولا أن تمايز بين مواطنيها الذين استقروا في إقليمها سنين طويلة، وبين الذين يمرون في إقليمها مرورا عابرا من غير مواطنيها^(٢).

فاللؤل الفيدرالية تترابط أجزاءها، وتتصهر داخلها الحدود الإقليمية لكياناتها السياسية الفرعية، مقاطعة كانت أم ولاية أم كانتونا. إذ ليس من شأن هذا التقسيم السياسي، أن تتفرق شعوبها وتتناثر، ولكنها تنوزع علي أجزاء مختلفة في الوطن الأم، لتكون لهم ذات الحقوق

(١) Kent v. Dulles, 357 U.S. 116 (1958).

(٢) Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).

التي يكفلها الدستور الفيدرالي لجموعهم، سواء قبل بعضهم البعض، أو في مواجهة الدولة المركزية التي لا يجوز أن تعاق حركتهم داخلها، وغيرها^(١) Interstate movement.

٧٩٥- وتكفل المحكمة الدستورية العليا حرية المصريين في انتقالهم فيما بين ربوع بلدهم، غنوا ورواحا - بما في ذلك الحق في مغادرة الإقليم - فلا ينفرد فريق من بينهم بمباشرة حرية الانتقال داخل بلدهم أو خارجها، وإنما يباشرها كل مواطن بما لا يقوض جوهرها، أو يخل بمصلحة قومية لها اعتبارها.

وهو ما تنل عليه المادة ٥٠ من الدستور التي تخول كل مواطن - وفيما عدا الأحوال التي يبينها القانون - الحق في أن يقيم في الجهة التي يختارها لدخل بلده. فلا يرد عنها، ولا يجبر على أن يتخذ غيرها موطناً. ومرد ذلك أن الحرية الشخصية لن تكتمل ملاحظها بغير الحق في التنقل، وعلى الأكل باعتباره ضروريا لصون جوهر مكوناتها، ولتأمين كافة الحقوق التي ترتبط بها

٧٩٦- والبين من المادتين ٥٠ و٥١ من الدستور، تقريرهما لضمانتين ترتبطان بالحق في التنقل. ذلك أن: أولهما: لا تجيز منع مواطن من أن يقيم في جهة معينة، أو حمله على أن يقيم في مكان معين، في غير الأحوال التي ينص عليها القانون.

وتحظر ثانيتهما: إبعاد مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها، ولو كان ذلك تكبيراً احترازياً لمواجهة خطورة إجرامية تتصل بالمواطن المبعد أو الممنوع من العودة إلى بلده.

ثم تأتي المادة ٥٢ من الدستور لتكفل للمواطنين جميعهم حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة إلى الخارج، على أن ينظم القانون هذا الحق، ويبين شروط الهجرة وإجراءاتها^(٢).

٧٩٧- وقد أعطى الله تعالى حرية الانتقال قيمتها العليا، فلم يجعل مباشرتها مجرد حق، بل واجباً كذلك حتى لا ينسحق الناس بالقهر ونذل الحاجة، في جهة بذاتها يقيمون فيها. فقد بسط الله تعالى الأرض للناس جميعهم، وجعلها لهم مهاداً، وسواها وأغرق مرعاها، وأنشأها ذلولاً يمشون فيها، و يحصلون على احتياجاتهم منها.

(١) Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908).

كذلك فإن من بين الحقوق التي تقتضي ضمان حرية الانتقال، حق الأشخاص في التشكي للسلطة العامة من ظلم وقع عليهم، وحققهم في التصويت لاختيار القائمين بالعمل العام، وحق الدخول إلى المباني الحكومية.

(٢) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية - جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ - س ٩٢٨ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

ثم نهاهم -بعد أن عبدها لهم- عن أن يكونوا مستضعفين في الأرض مع رحابتها، تضيق بهم رغم اتساعها. فأمرهم بالانطلاق في مناكبها، لا يترددون خوفاً، أو يتعثرون تخالفاً، وإنما يجولون فيها بقوة الإيمان ومضاء للعزيمة، باحثين عن كرامتهم قبل قوتهم، بما يحفظ لقلوبهم جنونتها، فلا تهمد حركتهم في الحياة.

المبحث الثالث

الإيقاع بالآخرين Entrapment

٧٩٨- تقترض الجريمة في الأعم من أحوالها، إرادة ارتكابها، ويقتضى تحقيقها توصلاً إلى جنايتها، جهداً متتابعاً من القائمين بأعمال الضبط الجنائي، وعلى الأخص في مجال تجميعهم للدلائل على وقوعها، استدلالاً بها على ثبوتها في شأن شخص معين، يعتبر في نظرم مرتكبها.

ويحيط المجرمون أنفسهم ونشاطهم بقدر كبير من السرية، ويحكمون تنظيماً حتى لا يعرفها أحد، ويبثون عيونهم في أماكن مختلفة لتنبههم إلى كل خطر قائم عليهم، ويتكتمون شئونهم حتى لا يدركها غير المحيطين بهم من أعوانهم، ويتمتعون بتضليل رجال القانون حتى تظل الجرائم التي يرتكبونها بعيدة عن أيديهم بما يحبط جهودهم ويعجزهم عن كشفها والقبض عليهم بغير عمل من أعمال الخداع التي يستهدفون بها إيقاعهم في قبضة العدالة. ومن صور الخداع هذه بثهم لعمل من بينهم، أو من جهة غير هيئة للشرطة، يندس بينهم، ويعايشهم في مظاهر سلوكهم المختلفة لإيهامهم بأنه مجرم مثله، يسير على منوالهم، ويتوخي تحقيق أغراضهم.

وبقدر مهارة العميل في الإيقاع، تكون قدرته على الإيقاع بهم أكبر. إذ يندمج فيهم، ويصير واحداً من أتباعهم. وقد يمولهم لتنفيذ مشروعاتهم الإجرامية، أو يعمل معهم في تخليق بضاعتهم أو تروييحها، وقد يصل دور العميل إلى حد تحريضهم على الجريمة. وذلك بأن يزيناها في عقولهم، أو يصمم لهم خططها ومرحل تنفيذها، متوخياً بذلك أن يراهم مائتين أمام المحكمة ومعهم دليل جرمهم. فلا تكون أعمال الخداع التي أتاها غير تكبير محكم يخطط للجريمة بقصد كشفها وضبطهم متلبسين بارتكابها.

والعميل في كل ذلك يظهر لهم وراء شخصية مختلفة عن حقيقته، كأن يتقمص دور تاجر يريد شراء المواد المخدرة منهم، ويقنعهم بأن يعاونهم في توزيعها. وقد يقدم لهم المادة الأولية اللازمة لتخليقها حتى يورطهم بدرجة أكبر في جريمة صنعها^(١).

وقد يظهر العميل في صورة من يتاجر في الآثار، فيعمد إلى إقناع من يهيوونها بأنه أقدر منهم على إخفاء ملامحها ثم تسويقها، فيدعون تقته فيه، ويطلعونه على الآثار التي نهبوا، ويرتبون خططهم لنقلها إلى الخارج وبيعها بوصفهم شركاء في أرباحها.

(١) The Supreme Court, Entrapment and Our Criminal justice Dilemma, Sup. CT Review 111 (1981).

وقد لا يتطرق الأمر بأشخاص ضالعين في الجريمة، وإنما تحيط بهم شديدة تورطهم فيها. وهو ما يتحقق على الأخص في الرشوة التي يشاع عن بعض الموظفين أنهم يتلقونها ممن يتعاملون معهم من أفراد الجمهور، فيعرضها للميل عليهم، حتى إذا قبلوها، أدانوا أنفسهم بأنفسهم.

٧٩٩- فحين إذن أمام صورتين من صور الخداع والإيقاع:

إحداهما: تتعلق بأشخاص ضالعين في الجريمة قبل اتصال العميل بهم. وهم منخرطون فيها ومقبلون عليها ولو لم يتصل بهم هذا العميل. وإنما تقتصر دوره على حملهم على الإسراع فيها من خلال تسهيل خطواتها.

ثانيتهما: تتعلق بأشخاص ما كانوا ليتورطوا في الجريمة، لولا تدخل العميل.

فما هو حكم القانون في كل من هاتين الصورتين؟؟

تحكم هذا الموضوع نظرتان:

إحداهما شخصية: Subjective approach. وموداما أنه إذا كان الضالعون في الجريمة ليرتكبوها، ولو لم يتصل العميل بهم ليورطهم فيها، فإن الجريمة تكون من صنعهم بعد أن خططوا لها وتحيلوا فرصتها، فلا يقبل منهم بمعدن القول بأن العميل حرضهم عليها أو زينها في عقولهم^(١).

فإذا لم يكن من ارتكبوها لينخل منها لولا تدخل العميل، فإن فعل العميل يكون محظوراً.

ومن ثم تركز النظرة لشخصية على الأشخاص الذين اتصل العميل بهم، وما إذا كانوا قد خططوا للجريمة وعقدوا الالتزام على تنفيذها قبل اتصال العميل بهم، أم كانوا أسوياء لا شأن لهم بها، ولكن العميل جرفهم إليها.

وثانيتهما نظرة موضوعية: Objective approach تولي اهتمامها لأفعال العملاء في ذاتها. فإن كان من شأنها التدخل في الجريمة على نحو يدل على خروجهم على واجباتهم الوظيفية محددة على ضوء مستوياتها المسلم بها، كلن تكلمهم غير مقبول. An intolerable degree of governmental participation in the criminal enterprise ويتعين بالتالي إطلاق سراح من ورطهم العميل في الجريمة، سواء كانوا من قبل ضالعين فيها، أو لا

(١) Jacobson v. United States, 112 S.ct. 1535, 1540 (1992).

ينزعون لارتكابها، وذلك كلما كان تدخل العميل قد هبط بواجباته الوظيفية إلى حدود تنافي خصائصها ومتطلباتها التي لا يندرج تحتها التحريض على الجريمة.
Entrapment regardless of predisposition.

٨٠٠- وتميل المحاكم في مجموعها إلى النظرة الموضوعية التي تخولها تعمق أعمال عملاء السلطة، ومراقبة قدر تدخلهم بها في الجريمة، ووجه تأثيرها في إرادة مرتكبها. فكلما كان هذا التدخل جسيماً بما يخل بالقواعد الرئيسية التي تدار العدالة الجنائية على ضوءها، فإن هذا التدخل يكون محظوراً، ولو كان تدخل العميل قائماً على نبل دوافعه في مطاردة المجرمين، وجموحه في مجال تعقبهم وللذيل منهم^(١).
Overzealous Law Enforcement Officers.

وعلى المحكمة أن تحقق في الدفوع التي يقدمها المحامون والتي يتهمون بها العملاء بالإيقاع بموكليهم، وأن تنتظر في كل حالة على حدة، وأن تحدد مدخلها للفصل فيها، على ضوء النظرة للشخصية أو الموضوعية التي تتخذها منهاجاً لها، والتي تحدد على ضوءها ما إذا كان تدخل العميل في حالة بذاتها جائزاً أو غير جائز.

ففسانداها إلى النظرة للشخصية، موداه أن الإيقاع لا يكون مبرراً، ما لم يكن الأشخاص الذين اتصل العميل بهم، مقبلون على الجريمة يتحيزون الأوضاع الملائمة لتنفيذها إذا وانتهم فرصتها، ولو لم يكن العميل قد اقترب منهم.

Defendants disposed to commit the criminal act prior to first being approached by the government's agent

ولا كذلك تأسيسها لحكمها على النظرة الموضوعية التي تركز على العملاء أنفسهم، وتكتفيهم إذا كان سلوكهم في حالة بذاتها، مجاوزاً الحدود المنطقية لاستعمال سلطاتهم. وهو ما يتحقق إذا انحرفوا بتصرفاتهم عن مستوياتها التي يجوز القبول بها.

Whether the police conduct revealed in the particular case, falls below standards for the proper use of governmental power.

^(١) والنظرة الموضوعية هي التي يوصى بتطبيقها في القوانين الجنائية:

See, American law Institute, Model Penal Code (1962); National Commission on Reform of Federal Criminal laws, A Proposed New Federal Criminal law (Final Draft 1972).

ولم تقبل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية النظرة الموضوعية التي أيدتها بعض قضائتها وأوصى بها الكونجرس ومشروعو الولايات الأعضاء في الإتحاد.

The Constitution of the United States, Analysis and Interpretation, Printed by Congressional Research Service, pp.1751,1752.

وتختل مستوياتها هذه، إذا كان العميل قد خلق الجريمة بيد غيره، أو كان سببها من خلال التحريض عليها.

The Inquiry to be focused on, is whether the act instigated the crime

ويعتبر العميل صانعاً للجريمة بيد غيره، إذا كان قد زود المتهم بمادة لا تقوم الجريمة إلا بها، ولو كان بإمكان المتهم أن يحصل عليها من مصدر آخر. ويعتبر تدخله في الجريمة محظوراً كذلك إذا كان هو سببها من خلال الحض عليها، كأن يعاشر العميل امرأة لها ماضٍ، ويوجهها بصدق عواطفه نحوها، ثم يدفعها إلى مخالطة رجال آخرين بغير تمييز ولو بغير أجر، لئيمتها بعد ذلك بالدعارة.

ذلك أن تدخل العميل في هاتين الصورتين يناقض شرط الوسائط القانونية السليمة التي لا تعارض الإيقاع بمجرمين غرض نشاطهم على الشرطة من خلال مظاهر التحوط التي يتخذونها. فلا يكون دخول العملاء في صفوفهم والاندماج معهم، تكبيراً منافياً لهذه الوسائط إذا كان ما يتوخاه منحصراً في الاتصال بالمجرمين حتى يطمئنوا لهم، ويعرفونهم على مخازن الأسلحة التي هربوا، أو معامل تطهير الخمر التي أخفوها، أو أماكن تخليق المواد المخدرة التي يروجونها، أو طرق جلبها، ووسائل توزيعها؛ أو صور التعامل في الدعارة التي خططوا لها، والنظم التي تدار بها شبكتها بما في ذلك وسائل اتصال الرجال بالباغيا.

ولا كذلك دفعهم إلى الجريمة التي كانوا يخططون لها قبل اتصال العميل بهم. ذلك أن إجرامهم وإن كان جزءاً من الحياة اليومية التي ألفوها، إلا أن كل تكبير يتخذه العميل بقصد التحريض على الإسراع فيها أو لتزيينها على نحو يؤمن مخاطرها في عقولهم، هو تكبير غير مقبول. ويزداد الأمر سوءاً إذا كان تدخل العميل متصلاً بأشخاص لم يتأهبوا للجريمة، وإنما ورطهم العميل فيها^(١).

وتظل درجة تدخل العميل في الجريمة، معياراً حاسماً في اعتقادنا، لتحديد نقطة الفصل بين الإيقاع الجائز بالمجرمين، والإيقاع غير المقبول^(٢).

(١) United States v. Russell, 411 U.S. 423 (1973).

وعلى ذلك يجب التمييز بين أشخاص لم يتأهبوا للجريمة ولا بتعنيف أمراء، وإنما ورطهم العميل فيها، وبين آخرين كان الإجرام من خلقهم وخلقهم.

To determine whether entrapment has been established, a line must be drawn between the trap for the unwary innocent, and the trap for the unwary criminal.

(٢) Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932); Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958).

المبحث الرابعإقرار المشبوهين بالجريمةالمطلب الأولطبيعة هذا الإقرار

٨٠١- يفترض فيمن تنور في شأنهم شبهة ارتكبتهم للجريمة، أن اعترافاتهم بها -فيما لو أقروا بأنهم جناتها- مجردة من كل تأثير يفقدها مصداقيتها، أو يرجع بهتاتها، وهو ما يتحقق كلما نجم للتأثير عن تدخل غير مشروع للحصول عليها، ولو بحمل شخص أو أشخاص على الشهادة التي تدعينهم، سواء كان هذا العمل مرده إلى تهديد بإيذائهم أو إلى منفعة وعدوا بها^(١) A promise of benefit or a threat to harm.

ويعتبر خوض المحكمة في صدق اعترافاتهم أو كذبها، صمام أمن يحول دون تلفيقها أو الإكراه عليها من خلال ضريهم أو جلدتهم أو استعمال غير ذلك من مظاهر القوة قبلهم أو للتهديد بها^(٢). غير أن التحقق مما إذا كان الإقرار بالجريمة يعتبر عملاً إرادياً أو كان قد انتزع قهراً، صار متخذاً اليوم على ضوء الوسائل العلمية التي لا تظهر معها آثار تعذيبهم أو أنواع الضغوط التي تعرضوا لها.

كذلك فإن من وسائل الحصول على اعترافاتهم، ما كان يبدو في ظاهره موافقاً للقانون، ثم صار في إطار التطور القضائي مخالفاً لأحكامه.

فالأسئلة التي يوجهها رجال الشرطة إلى المشتبه فيهم، لا مخالفة فيها للقانون بشرط أن يتم توجيهها إليهم في حضور محام إلى جانبهم.

غير أن امتداد هذه الأسئلة فترة طويلة من الزمن، وتعايقها واتصال حلقاتها بما لا يوفر للمشبوهين فرصة لانتقاط أنفاسهم، ويعرضهم لضغوط نفسية كبيرة، يعتبر في حكم الإكراه، فلا يؤخذ بإجاباتهم هذه دليلاً ضدهم^(٣).

(١) يستند بطلان الإقرار في اللاإرادى في الدستور الأمريكى إلى التعديل الخامس لهذا الدستور الذى يقضى

بأنه لا يجوز لشخص أن يدين نفسه بنفسه. Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1997).

(٢) Chambers v. Florida, 309 U.S. 227 (1940); Ward v. Texas 316 U.S. 547 (1942).

(٣) Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143 (1944).

وفي هذه القضية، بطل الإقرار بعد ٣٦ ساعة من الأسئلة المستمرة تحت أضواء كهربائية مبهرة.

ذلك أن سؤالهم علي هذا النحو، من الوسائل الخطرة المنطوية علي سوء استعمال السلطة. ويتعين بالتالي إدانتها وردع القائمين عليها من خلال إبطال تحقیقاتهم، ولو كان ما دون فيها يحمل عناصر صدقها، بالنظر إلي ترابطها ووجود قرائن تدعّمها.

بما موداه أن إقرار المشتبه فيه بالجريمة، لا يعتبر دليلاً عليها إذا تم التحصل علي هذا الإقرار بوسائل غير ملائمة، ولو كان ذلك الإقرار مؤيداً بدلائل خارجية تؤكد صحته^(١).

ذلك أن مثل هذه الوسائل تناقض قيم الجماعة وثوابتها، ولا توفر لمن يتعرضون لها الفرص الحقيقية التي تؤمن حقهم في الحياة وفي الحرية، وهما حقان لا يجوز إهدارهما بغير الوسائل القانونية السليمة.

المطلب الثاني

بطلان كل إقرار بالجريمة ينتزع جبراً

٨٠٢- ولا يجوز بالتالي أن يدان المتهمون كلما كان اعترافهم بالجريمة ناجماً عن وسائل تنتزع بها أقوالهم، ولو قام الدليل علي صدق أقوالهم هذه. ذلك أن النظم الجنائية في تطورها المعاصر، لا تعتبر نظاماً تنقيبي Inquisitorial. ولكنها نظم اتهامية Accusatorial تقتضي أن تركز المحاكم اهتمامها - لا علي صدق الإقرار بالجريمة أو كذبه - وإنما علي نوع الوسائل التي تأتي بها. فكلما كان من شأنها قهر إرادة المقر بالجريمة، بطل إقراره بها، ولو كان صادقاً^(٢).

ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين مع موكلهم يمتد الإقرار بالجريمة، أو يجعل حطاً أكثر صعوبة. ذلك أن الأمر الأكثر أهمية هو الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها بغير الوسائل القانونية السليمة، ولو بدا المقر بالجريمة مسيطراً علي أعصابه، متخلياً عن حذره، بل ولو كان مدركاً أن إخفاء الدليل علي ارتكابه لها، معركة خاسرة في مواجهته لرجال الشرطة.

ومن غير المتصور في الدول التي تقوم دساتيرها علي ضمان الحرية الشخصية بما يكفل عدم الإخلال بها دون مقتضى، أن ينتزع الإقرار بالجريمة من مشبوهين، بوسائل تعتبر في مضمونها تعذيباً عقابياً لهم، خاصة إذا نجم اعترافهم بالجريمة عن أسئلة متتابعة تمتد زمناً طويلاً يكون منهاكاً لأبدانهم؛ وكان رجال الشرطة قد تناوبوا عليها In relays لضمان راحتهم

(١) Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

(٢) Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534 (1961), Bram v. United States, 168 U.S. 532, 542 (1897); Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

بالنظر إلى طول منتهاء، وكان المشبهون قد تعرضوا لإضاعة قوية تفتش بها أبصارهم أثناء التحقيق معهم في غرفة مغلقة جلبوا إليها وأودعوا فيها طوال فترة التحقيق معهم^(١)؛ وكانت الأسئلة التي وجهها رجال الشرطة إليهم قائمة على افتراض ارتكابه الجريمة، بما يشكل ضغطاً نفسياً لا يحتمل على أصولهم التي يرهقها بالضرورة اتهامهم بجريمة خطيرة كالقتل أو بغيرها من الجرائم التي لا تقبلها الجماهير عادة من منظور قيمها.

المطلب الثالث

حضور المحامين مع المشبهين ضرورة لا تقربط فيها

٨٠٣- ولئن جاز في بعض الدول أن يساق المشبهون فيها إلى أماكن الاحتجاز التي يعزلون فيها عن الاتصال بآخرين يرجون عونهم كالأصفاء والمحامين، وأن يقرأوا بالجريمة في إطار ضغوط نفسية مصوبة بصحبها رجال الشرطة على عقولهم، ويعطلون بها إدراكهم؛ فإن ذلك لا يجوز بيقين في دول تسطي للمستور للقيمة الأعلى، ولا تقبل محاكمها بالتالي تضييها عقلياً أو بندياً يكون من ثماره، الإقرار بالجريمة التي تفصل فيها.

ذلك أن ترويعهم يتمحض تخويفاً ورهبة يستلها رجال الشرطة في أنفسهم. فلا يكون أمامهم من خيار غير الإقرار بالجريمة^(٢).

ويتعين بالتالي أن يكون لهم حق كامل في سماع أقوالهم أمام قاض، وبالحق في أن تنبهم الشرطة إلى الحقوق التي يكفلها الدستور لهم، والتي يندرج تحتها الحصول على عون من أصدقائهم ومحاميهم. بل إن الأجواء التي تتصل بالاحتجاز، لا يجتثها من منابعتها غير حضور محاميهم معهم حتى يقدموا لهم يد العون التي يحتاجونها في شتتهم، وحتى تظل حريتهم في الخيار بين صمتهم عن كل قول ينطق بالجريمة، وحديثهم عنها، كاملة غير منقوصة خلال فترة استجوابهم.

فضلاً عن أن احتمال لجوء الشرطة إلى وسائل القهر غير المعلنة، يتضاعل إلى حد كبير مع وجود المحامين. فإذا تعرض موكلهم لهذا القهر، شهد محاموهم بذلك أمام أية جهة يعينها معرفة حقيقة ما تم. ويكفل حضور المحامين كذلك عدم تحريف الشهادة التي يدلي موكلهم بها في مرحلة التحقيق، وصحة ما تعتمد عليه سلطة الاتهام من أجزائها، فلا يتصور تشويهها.

(١) Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

(٢) Watts v. Indiana, 338 U.S.49 (1949); J.Wigmore, A treatize on the Anglo-American System of Evidence, 3d edition (1940).

المطلب الرابع تطور مفهوم الإقرار بالجريمة

٨٠٤- ثم حدث تطور آخر في مفهوم الإقرار بالجريمة من ناحيتين:

أولاهما: القول بأن الوسائل غير الملائمة لانتزاع هذا الإقرار، تحطم الإرادة، أو تحملها قهرا علي ما يناقض حريتها؛ هو الوجه المقابل للقول بأن الإقرار بالجريمة يعتبر صادرا عن إرادة حرة إذا لم تكن وسائل الشرطة في التحقيق، تكل علي عدوانيتها أو تحمل معها من المخاطر ما يدل علي أن الإقرار بالجريمة لا يعبر عن الحقيقة^(١).

وفي ذلك تركيز علي النتيجة التي أفضى إليها استعمال هذه الوسائل. وليس علي هذه الوسائل في ذاتها، خاصة وأن هذه النتيجة تتأثر بكافة العوامل التي تحيط باستجواب المشبوهين كسهم، ودرجة ذكائهم، وقدر تعليمهم، وماضيه في الجريمة، وعدم تقديم الطعام لهم بصورة منتظمة، وحجبهم عن الاتصال بذويهم أو بأصدقائهم، واستعمال مظاهر القوة قبلهم أو للتهديد بها.

وجميعها عوامل تنظر إليها المحاكم في مجموعها، ولا تعتمد بولدها منها فقط، مما جعل معيار الإقرار الحر بالجريمة، غير موحد فيما بينها، بالنظر إلي اختلافها في الأهمية التي تعطوها لبعض هذه العوامل.

ثانيتهما: التمييز بين تحقيق تجرية للشرطة في مرحلة لشتباها في شخص معين بوصفه ضالعا في الجريمة، وبين تحقيق تتواء في مرحلة الاتهام بالجريمة.

ذلك أن كل إقرار تحصل عليه الشرطة من المتهم بعد اتهامه بالجريمة، يعتبر باطلا إذا تم في غير حضور محاميه، بالنظر إلى ما هو مقرر من أن الاتهام بالجريمة تليه بالضرورة محاكمة المتهم عنها أمام محكمة محايدة مفتوحة جلساتها للكافة، وتحيطها كل ضمانات إجرائية يتطلبها القانون.

وإذ كان حضور محامي المتهم، يعد مفترضا أوليا في مرحلة الاتهام هذه، وحتى الفصل فيه؛ فإن حضوره كذلك يكون واجبا من باب أولي في كل تحقيق تجرية للشرطة بعد الاتهام

(١) Developments in the law- Confessions, 79 Harvard law Review. 935, 954- 59 (1966).

وخارج قاعة المحكمة. إذ هو تحقيق غير قضائي Extra-judicial proceedings لا يجوز أن يتم بغير حضور محاميه^(١)، وإلا بطل إقراره بالجريمة، ولو صدر عن إرادة حرة.

وهو ما نراه صائباً من الأوجه الآتية:

١. أن حضور المحامي يكون واجباً في الأصل ليس فقط أثناء المحاكمة وبعد الاتهام، بل كذلك في كل المراحل السابقة عليهما كلما كان حضوره فيها، مؤثراً في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية.

٢. أن حق المتهم في الحصول على مشورة محاميه، يفقد بالضرورة كل قيمة، إذا كان مصير المتهم قد تحدد سلفاً من خلال التحقيق السابق على المحاكمة.

٣. القول بأن الذين تتور في شأنهم شبهة إتيان الجريمة، كثيراً ما يعترفون بها خلال الفترة بين القبض عليهم واتهامهم، وأن اعترافاتهم هذه مستقلة بالضرورة إذا كان حضور محامين معهم واجباً في مرحلة ما قبل المحاكمة؛ يؤيد الطبيعة الحرجة لهذه المرحلة، بما يحتم حضور محامين عنهم ومعهم أثناءها.

ثمة علاقة وثيقة بين حرص الشرطة في هذه المرحلة على الحصول على إقرار بالجريمة ممن تتور قبلهم شبهة ارتكابها؛ وبين ضرورة حصولهم في هذه المرحلة ذاتها على عون محامينهم.

٤. أن الحقائق التاريخية قديمها وحديثها، تؤكد القول بأن النظم الجنائية التي تعتمد في سعيها لمكافحة الجريمة على إقرار المشبوهين بها، هي في واقعها نظم تختصر الطريق إلى إدانتهم. فضلاً عن أن هذه النظم، تكون أقل إنصافاً، وأكثر مدعاة لإساءة استعمال السلطة، وتفقد في النهاية مصداقيتها، لتتقدم عليها نظم غيرها تركز اعتمادها على الأدلة الخارجية التي يتم الحصول عليها من خلال مهارة المحققين وخبرتهم العملية.

٥. تتهاور أعمدة النظم الجنائية كلما ارتبط بقاؤها وفاعليتها بتخلي المواطنين بغير وعي منهم عن الحقوق التي كفلها الدستور لهم، كالحق في أن يظلوا صامتين، فلا يبدلون بإقرار عن جريمة تتور شبهة ارتكابهم لها. ذلك أن ضمان هذه الحقوق أولى من إهدارها. والإصرار عليها مقدم على محاولة التلخص منها من خلال نظم جنائية لا تعنيها هذه الحقوق أكثر من حرصها على ملاحقة الجناة المحتملين.

(١) Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964).

٦. أن الحق في الحصول على عون محام، يكون واجبا حتى في مرحلة التحقيق، كلما تحول التحقيق من اجتهاد لمحاولة حل غموض جريمة لازال مرتكبها مجهولا، إلى التركيز على شخص معين تحتجزه الشرطة لديها باعتباره مشتبه فيه، وتطوره بأسئلتها لإجهاذه حتى يقر بالجريمة، غير عابئة في ذلك كله بطلبه حضور محاميه، بل ورفضها لهذا الطلب، ومثابرتها على التحقيق دون أن تبصره بحقه في أن يظل صامتا.

ولا يعني ذلك تعطيل حق للشرطة في الحصول من أقوال الشهود ومن خلال تحقیقاتها، وكذلك من غيرها من المصادر، على الأدلة التي تعينها على حل غموض جريمة قائمة. ذلك أن ما هو محظور عليها، هو أن تنتقل من مرحلة التحقيق إلى مرحلة الاتهام من خلال تركيزها على شخص معين بقصد الحصول على إقراره بالجريمة^(١).

٧. أن مجرد احتجاز الأشخاص الذين تثور في شأنهم شبهة ارتكابهم للجريمة، وإحطاطهم بأجواء خائفة تسيطر الشرطة عليها، وينزلون فيها عن الاتصال بالآخرين، يشكل ضغوطا نفسية شديدة وطلاتها عليهم، ومآلها في النهاية الإقرار بالجريمة حملا وقهرا، فلا يكون هذا الإقرار حراً. خاصة وأن الاحتجاز يتم في مكان خاص مغلق. وخصوصية المكان تعني سرية ما يدور فيه. ويتعامل رجال الشرطة مع المتهمين بوصفهم مذنبين، ويركزون اهتمامهم على بعض التفاصيل التي تحيط بالجريمة، وليس على نسبتهما إلى من يشتبهون فيه. ذلك أنهم يفترضون ارتكابهم لها، ولا يظنون بغير نقصي نواياهم للوقوع فيها. ويحرصون كذلك على تضليلهم من خلال النقل من شأن الجريمة التي نسبوها إليهم، ويتخذون لذلك طرائق مختلفة من بينها إلقاء اللوم على ضحية الجريمة، أو على الجماعة كلها التي لم توفر لهم فرص العمل، أو الحياة الآمنة، أو الطفولة الهانئة، أو الظروف الملائمة للحياة.

وهم بذلك يضعون من يشتبهون فيهم في أجواء نفسية لا يستهفون بها غير الحصول على تفاصيل الجريمة التي قطعوا من قبل بأنهم مقارفوها. فلن أخفقوا في الحصول منهم على هذه التفاصيل؛ فإن مودبتهم الظاهرة تتحول إلى موجة عدوانية يعملون من خلالها على انتزاع إقرار بالجريمة، ولو بطرق الخداع كإيهامهم المشتبه فيه، بأن أحد شركائه في الجريمة قد أقر بارتكابه لها.

٨٠٥- تلك صور لرجال الشرطة في ممارساتهم اليومية في التحقيق مع مشبوهين يحتجزونهم لديهم، ويوجدون معهم منفردين، ومعرضين لضغوطهم بما يقوض إرادتهم

(١) Hopt v. Utah, 110 U.S. 574 (1884); Mc Nabb. v. United States, 318 U.S. 332 (1943); Anderson v. United States, 318 U.S. 350 (1943); Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).

Self-control essential to make a confession voluntary. فلا يريدون بأقوالهم غير تصور رجال الشرطة للجريمة. بل إنهم يفسلون وقلعنا وفق صورتها في أذهان للشرطة الذين يتذرعون في أسلتهم معهم بقدر كبير من الصبر والإصرار، ويحرصون على أن تكون أسلتهم متتابعة طفلها، ترهقهم بنقلها، ويتوجهها للحصول على إقرار بالجريمة^(١).

فإذا أخفقوا في ذلك، لجأوا إلى صور من الخداع والتحليل والتضليل كأعطائهم مشورة قانونية زائفة. وهم بذلك يخلون بتوازنهم، ويسمون إلى إخافتهم وإزعاجهم، بما ينتظرهم من مصير.

ويتعاملون مع ضعفهم الناجم عن عزلهم عن الاتصال بالآخرين detention Incommunicado. بما يفقد حريتهم بصورة كبيرة. فلا تكون أجراء التحقيق غير محض شرور يولجها المشتبه فيهم ولا يستطيعون دفعها^(٢).

ولا يتصور في إطار هذه الأجواء التي تحيط بهم، والتي لا يلفونها، وتتسم من كافة جوانبها بمظاهر العدا، أن تصدر عنهم إرادة حرة. بل إن حملهم على الإقرار بالجريمة هو الأكثر احتمالا، خاصة وأن ما يتوخاه المحققون من إحباطهم بتلك الأجواء الضاغطة، هو إخضاعهم لإرادتهم. وليس ذلك إلا قهراً معنوياً، لا يقل في أثره شأناً، عما يكون من صور القهر مادياً.

كلاهما ينال من كرامتهم ويعطل إرادتهم، ليكون القهر والحمل على الإقرار بالجريمة، عنصرين كامنين في أجواء الاحتجاز ومحيطها الخلق. وهو ما يتحضر حملاً على الشهادة بما يدينهم، وينالض الحق في صون خواص حياتهم، والحق في احترامهم وضمن تكامل شخصيتهم، وتحقيق التوازن من جهة بين الأفراد في ضغوطهم، وبين الدولة المتسلطة من جهة أخرى والتي لا يجوز لها في مجال تطبيقها لخصائص النظام الاتهامي للعدالة الجنائية، أن تحصل على دليل يربطهم بالجريمة التي تدعيها، ما لم يكن هذا الدليل ناجماً عن جهدها المشروع، وليس متأثراً من أفواه أفراد حملوا على النطق بما لا يريدون.

خاصة وأن قهر إرادتهم يتم بوسائل تخفيها للشرطة، ولا تعلن عنها، لضمان سريتها. فلا يكون احتجازهم واستجوابهم إلا قرين الإكراه على الشهادة التي لا يريدون النطق بها، والتي يحملهم عليها -فضلاً عن الأجواء البيئية التي تحيط بهم في أماكن الاحتجاز- تخوفهم

(١) Ziang Sun Wan v. United States, 266 U.S. 1, 14 - 15 (1924).

(٢) Mc Nabb v. United States, 318 U.S. 332, 343 (1943); Mallory v. United States, 354 U.S. 449, 452 - 53 (1957).

من رجال الشرطة أنفسهم المتأهين لاستعمال القوة عند الضرورة، فلا يكون أمام المستهينين بالتحقيق، من خيار غير الإقرار بالجريمة.

ولا كذلك أن يكون محاموهم معهم، يثبون الاطمئنان في نفوسهم، ويحيونهم على التخلص من خوفهم، فلا يقرون بغير ما يريدون.

المطلب الخامس

حقوق المشبوهين قبل بدء التحقيق

٨١٧- ويتعين بالتالى، وقبل بدء التحقيق، أن يخطرهم المحققون بلغة واضحة لا لبس فيها ولا التواء، بأن من حقهم أن يظلوا صامتين. ذلك أن هذا التحذير يعتبر شرطاً جوهرياً لاحتواء مخاوفهم. ويشترط أن يقرن هذا التحذير -رموداه أن من حقهم أن يظلوا صامتين- بإفهامهم أن ما ينطقون به بعد توجيهه، قد يؤخذ ضدهم كدليل.

وهو ما ينبههم إلى عدد من الحقوق:

أولها: أن من حقهم الامتناع عن الشهادة التي لا يرغبون في الإدلاء بها.

ثانيها: أنهم إن اختاروا النطق بها، فإن عليهم تحمل نتائجها.

ثالثها: أن حقهم في ألا يقرأوا بالجريمة، يخولهم رفض الإجابة على الأسئلة التي يوجهها إليهم رجال الشرطة أو غيرهم من القائمين على تنفيذ القانون، فإذا أمر هؤلاء على توجيهها إليهم ولم يقطعوها إذا كانوا قد بدعوا فيها، فإن أية أقوال يخلون بها بعد تمسكهم بأن يظلوا صامتين، تعتبر واقعة في إطار لوضع الاحتجاز بقسوتها وضغوطها In custody- interrogation. ولا يجوز بالتالى التعويل عليها. إذ يفترض صدورها في إطار إكراه لا تتحرر به الإرادة من عوامل التأثير فيها *Constrained choice*. ذلك أن نزول الأشخاص عن حقهم في ألا يدنوا أنفسهم بأنفسهم، لا يجوز أن يفترض، ولا أن ينتزع الدليل عليه، ولا أن يكون هذا الدليل متهاكاً^(١)، وإنما يتم التحقق من النزول عن الحقوق التي كفلها الدستور وفق شروط صوبته لها من شدتها ما ينفي النزول عنها بغير دليل قطعي.

ولا يجوز بالتالى القول بنزول المشبوه عن الحق في حضور محاميه، ما لم يكن قد عرض عليه محام للدفاع عن موقفه، ولكنه أتر مختاراً، ومدركاً، أن يرفض هذا العرض. وتعتبر طول مدة استجوابه، وانقطاع وسائل اتصاله بالآخرين في إطار احتجازه، دليلاً قوياً

(١) *Culombe v. connecticut*, 367 U.S. 568 (1961) at 602.

على أنه لم ينزل عن الحق في ألا يتكلم بغير حضور محاميه. وهو ما يتحقق كذلك إذا قام الدليل على أنه هدد أو خدع. لا فارق في ذلك بين بيان يعتبر اعترافاً كاملاً ومباشراً بالجريمة، وبين إقرار يتعلق بأحد عناصرها أو ببعض أجزائها. ذلك أن حظر الشهادة التي ينطى الشخص بها قهراً ليدان بسببها، يشمل كل صور تجريم الشخص لنفسه بغض النظر عن درجتها.

ولا فارق كذلك بين إقرار بالجريمة ينسبها المقر لنفسه In-culpatory Statement، وبين إقرار بها ينسبها إلى غيره^(١) Exculpatory Statement.

ذلك أن الإقرار الأخير كثيراً ما يتخذ دليلاً على عدم صدق الأقوال التي أُلقي بها، وأن إلقاء التهمة على غيره لا يتوخي غير نفي تورطه في جريمة هو مسئول عنها.

المطلب السادس

التحقيق في مرحلة الاحتجاز

٨٠٧- وكلما احتجز شخص في أحد مخافر الشرطة أو في غير ذلك من الأماكن التي تتقيد فيها حريته للشخصية، فإن إقراره بالجريمة يتعين أن يؤخذ بقدر كبير من الحذر. ذلك أن كسل تحقيق في مرحلة الاحتجاز، يحرك النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، فلا يكون نظاماً تقنياً على أي وجه أو في أية صورة. فالإقرار بالجريمة في مرحلة التحقيق وإن دل على أن المقر بالجريمة قد ارتكبها إذا كان إقراره إرادياً إلا أن كل إقرار بالجريمة يتعين أن تعامله المحكمة بأكثر قدر من الصرامة. ذلك أنه وإن قيل بأن من المفترض ألا يقر الإنسان بارتكابه لجريمة ما لم يكن قد دخل فيها فعلاً حتى لا يعرض للخطر حريته أو مصالحه الجوهرية، إلا أن هذا الافتراض يسقط إذا كان الإقرار بالجريمة ثمرة إغواء أو نتائج تهديد صدر عن أحد القائمين بتنفيذ القانون، مستغلاً في ذلك آمال المشبوه في الحرية، ومخاوفه من تقييدها. فلا تنهياً بالأجواء التي يتم التحقيق فيها في هاتين الحالتين، الظروف المواتية التي يمكن معها القول بأن المشبوه كان واعياً بحقيقة ما يفعل، ومدرِكاً لدلالة إقراره بالجريمة^(٢).

(١) لم تتطور في الولايات المتحدة الأمريكية القاعدة التي تمنع قبول اعتراف المكره في المحكمة قبل القرن الثامن عشر. أما قبل ذلك فكانت المحاكم تقبل حتى الاعترافات للتلجاة عن التعذيب

J. Wigmore, A treatise on the anglo-american system of evidence § 23 (3d ed) 1940.

(٢) Bram v. United States, 168 U.S. 532 (1897).

ولا يعتبر ذلك تعطيلاً لدور رجال تنفيذ القانون في مكافحة الجريمة، إذ يظل بوسعهم الحصول على المعلومات اللازمة في شأن الجريمة التي يحققونها إما من مسرح الجريمة ذاتها، ومن الظروف التي تلازمها، وإما من أشخاص غير مقيدة حريتهم، معتمدين في ذلك على مهارتهم وخبراتهم.

وعلى ضوء المفاهيم المتقدم بيانها، يبطل كل إقرار بالجريمة صدر بعد تأخير غير مبرر Unnecessary delay في تقديم المشبوه لطاير العرض بعد القبض عليه^(١).

كذلك فلن التحقيق في مرحلة احتجاز المشبوه وإن كان ضرورياً لتحديد ظروف الجريمة ومركبها، إلا أن استجواب المشبوه لا يجوز إذا تم في ظروف تعطل إرادة الاختيار عنده، فلا يفاضل واعيا بين الإقرار بالجريمة وبين ألا يجرم نفسه بنفسه. وما الإقرار بالجريمة إلا حالة عقلية يتعين أن تصفو من كل تأثير، وإلا كان هذا الإقرار قرين الإكراه. وهو إكراه يفترض في حق المشبوهين، ليس فقط من خلال تعذيبهم، وإنما كذلك عن طريق وسائل تكتيكية تحقق كامل آثاره، كالاستجواب المتواصل من قبل رجال شرطة مدربين يواصلون أسئلتهم التي يوجهونها إلى المشبوه، بطريقة لا انقطاع فيها، وهو في أيديهم يتخوف من بطشهم به إذا ظل صامتا، فلا يكون إقراره بالجريمة غير النتيجة الحتمية لظروف الاحتجاز. ويتبين في هذا الصدد أن يلاحظ ما يأتي:

أولاً: أن للنصيحة التي يقدمها المحامي لموكله بأن، ألا ينلي ببيان أو يرد على سؤال يتعلق بالقضية، قبل أن يتولى هو دراستها، لا يناقض حكم القانون. ذلك أن المحامين لا يتوخون غير تأمين مصالح موكلهم وفق علمهم، وبالقصى ما تأنن به قدراتهم^(٢).

ثانياً: أن ما هو محظور على رجال الشرطة أن يتخذوه قبل المقبوض عليه أثناء تقييد حريته، ليس فقط تلك الأسئلة للصريحة التي يوجهونها إليه في أجواء الاحتجاز التي تؤثر في

(١) Upshaw v. United States, 335 U.S. 410 (1948).

ويلاحظ أن المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية لم تحدد المدة التي يعتبر فيها هذا التأخير غير مبرر، إلا أن الكونجرس حدد أقصى هذه المدة بست ساعات بعد التحقيق.

(٢) ومن بين وسائل الإكراه هذه أن يوجه رجل الشرطة حديثه إلى المشتبه في قتله لفتاة بعد خطفها، والتي لم يحضر على أنش لجنتها، أن حكم اللين يقتضي أن تدفن هذه الفتاة بطريقة ملائمة، وألا تنظر جثتها في المراء نهبا للطاير الجارحة تنهشها. فإذا كان رجل الشرطة يعلم أن المتهم عريق التكين، وأنه تمسك بعدم الحديث في غير حضور محاميه، فلن توجه الحديث إليه على النحو المتقدم لاستئثاره الدينية، يعتبر من وسائل الإكراه غير المسموح بها. فإذا أرشدهم المشتبه فيه بعد ذلك عن جثتها، فإن ذلك لا يعتبر دليلاً ضده.

إرادته إلى حد كبير، وإنما كذلك وسائل الإقناع المختلفة التي يرمون بها إلى انتزاع الإقرار بالجريمة في محيط الاحتجاز الخائض Custodial Setting، ولو لم ترق إلى حد الأسئلة المباشرة، بشرط أن تكون وسائل الإقناع هذه، لها قدر من التأثير على إرادة المقر بالجريمة، ولو تم هذا التأثير من خلال أقوال أو أفعال يدلي بها رجال الشرطة أو يباشرونها في مواجهة المشبوه، كلما كان ينبغي عليهم عقلا أن يدركوا قدر تأثيرها في إرادة المقر، ولما كانت نواياهم بشأنها^(١).

ثالثاً: أن أجواء الاحتجاز التي تحيط للشرطة بها المعتقل لديها، والتي تتوافر بها عوامل الضغط التي تؤثر في إرادته، وتحمله على أن يقر بجريمة ما كان ليشهد بارتكابها في ظروف مختلفة، لا يجوز خلطها بالأحوال التي يكون فيها المعتقل متواجداً مع آخر في مكان احتجازه، ويتبادلان حواراً ودياً بينهما يقوم على اطمئنانهما لبعض. ذلك أن تولدهما معا بعيداً عن سطوة الشرطة وقسوتها، يبدد مخاوفهما. فإذا أقر أحدهما لثانيهما بالجريمة التي ارتكبتها، فإن هذا الإقرار يجوز أن يؤخذ دليلاً ضده، ولو لم يكن المقر يعلم أن من اطمأن إليه ووثق فيه، عميل للشرطة تخفي وراء شخصية أخرى^(٢).

وهو ما أراه محل نظر. ذلك أن المقر بالجريمة ما كان ليدلي بحديثه عنها إلى الشخص الآخر، لو كان يعلم حقيقة أمره. وإنما هي أعمال خداع Deception. وجهها عميل الشرطة بمهارة، متوخياً بها انتزاع هذا الإقرار Manipulation فلا يكون الإقرار بالجريمة غير نتاج هذا الإقناع.

المطلب السابع

جواز الاستثناء من ضوابط الإقرار بالجريمة

٨٠٨- علي أن القيود المتقدمة جميعها، لا يجوز تطبيقها بطريقة جامدة صماء. إذ لا محل لتطبيقها كلما دل الحال على أن ظروفها ضاغطة تقتضي التحلل منها من أجل توقي مخاطر الإضرار بالسلامة العامة Public Safety.

ويفترض هذا الاستثناء، ضرورة التمييز بين نوعيتين من الأسئلة التي توجهها الشرطة إلى المقبوض عليهم من المشبوهين.

(١) Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1920).

(٢) Hoffa v. United States, 385 U.S. 293 (1966).

أولاهما: أسئلة غايتها إدانتهم بالجريمة Ascertaining the suspect's guilt. وهذه لا يجوز توجيهها إليهم إلا بعد تعريفهم بالحق في أن يظلوا صامتين؛ وأن الأقوال التي يدلون بها يجوز أن تؤخذ دليلاً عليهم أمام القضاء؛ وأن من حقهم الحصول على عون محام قبل أن يتكلموا.

ثانيتهما: أسئلة يجوز توجيهها إليهم دون تعريفهم بحقوقهم المشار إليها. وذلك كلما كان هدفها توقي مخاطر قد يلحقونها برجال الشرطة أو بآخرين Protecting Public's safety.

وهو ما يتحقق على الأخص إذا هاجم نفر من المشبوهين، مكانا يتردد الناس عليه؛ ثم أخفوا الأسلحة التي استخدموها في تهديد المتواجدين فيه. ذلك أن مخاطر إطلاق نيرانها عليهم تظل قائمة إذا لم تعلم للشرطة بمكان إخفائها. فإذا سألتهم عن هذا المكان توفيا للمخاطر التي قد تنجم عن احتمال استعمال هذه الأسلحة من جديد ضد من يصادفونهم من العابرين، فإن تأمين سلامتهم تكون هي المصلحة التي تربو فائدتها على مصلحة المقبوض عليهم في ألا يدلوا بأنفسهم بشهادة قد تدينهم^(١).

وقد انتقد بعض للقضاء تقرير هذا الاستثناء، وفروا أن الأقوال التي يدلي المشبوهون بها عن مكان إخفاء أسلحتهم، مساوية في الأثر لأقوالهم التي يدلون بها في أجواء الاحتجاز، لأنها تدينهم في الحالين بالمخالفة للدستور. ويعين أن يطبق في شأنها حكم الدستور، وإطالها بالفألى لانطوائها على حمل المشبوهين على الإقرار بما لا يريدون^(٢).

.The privilege against self- incrimination

المطلب الثامن

الحقوق التي لم يلفت نظر المشبوه إليها

٨٠٩- وينبغي أن يلاحظ كذلك أن كل تحذير للمشبوه بأن يظل صامتا، وأن الأقوال التي يدلي بهاد قد تؤخذ دليلاً ضده أمام القضاء، وأن من حقه أن يحصل على عون محام إن أراد، لا يتوخي غير تهديد مظنة قهره على الشهادة التي قد يدان بسببها. فإن لم يتم تحذيره على النحو المتقدم، قام افتراض للقهر على أداء هذه الشهادة، وبطل بالتالي كل دليل يكون من ثمارها The fruits.

(١) New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

(٢) انظر في الرأي المخالف لقضاء المحكمة في القضية المشار إليها، آراء كل لقضاء فرشتال وستيفس، ويرينتن.

ولكن الأمر جد مختلف إذا أغل رجل الشرطة ابتداء تحذيره علي النحو المتقدم، ثم عادوا إلي تنبيهه إلي الحقوق التي يملكها وفقاً للدستور. ذلك أنه بينما يبطل كل دليل تأتي من الأكوال التي أدلي بها قبل تحذيره، فإن تنبيهه من جديد إلي حقوقه الدستورية، يخوله أن يقر بالجريمة أو ألا يقر بها دون ما ضغط أو إكراه من القاضين بالتحقيق. فإذا اختار أن يقر بالجريمة في غير حضور محاميه، تعين أن يكون هذا الإقرار إدرايا وقاطعاً في دلالته، ومنطوياً كذلك علي اختياره إسقاط حقه في الحصول علي مشورة محام يسينه علي أمره، ويوجهه إلي الطريق الأفضل لدعم موقفه^(١).

المطلب التاسع

آثار التحصيل غير المشروع علي الدليل

٨١٠- وكلما تم التحصيل علي دليل بطريق غير مشروع، فإن هذا الدليل لا يجوز استخدامه ضد المتهم، ولو أدلي للشهود الذين أتي بهم بشهادة مزورة Perjury statement. ذلك أن تزوير هذه الشهادة، لا يسوغ اعتماد النيابة العامة علي دليل كان أصلاً باطلاً. فضلاً عن أن اعتمادها علي الدليل الباطل لمجرد أن شهود الدفاع كلهم أو بعضهم، كانوا مزورين، مؤداه تخفيفهم من الشهادة وحملهم علي الحول عنها لاحتمال تعارضها -ولو في بعض جزئياتها- مع الدليل الباطل. وقد يتردد شهود الدفاع -لمجرد تخوفهم من أن تتخذ الشهادة التي يدلون بها، موطناً لتجريمهم، ولو كان هدفهم مجرد إظهار الحقيقة- في المثل أمام هيئة المحلفين، وتقديم الأكلة الدافية لجريمة المتهم. فلا تبدو للحقيقة كاملة أو واضحة أمام هذه الهيئة.

كذلك فإن اعتماد الدليل الباطل إذا أدلي شهود الدفاع بشهادة مزورة، مؤداه أن تبذل النيابة جهدها، لإيقاعهم من خلال أسئلتها المتلاحقة أو المعقدة، التي قد يجيبون عنها زوراً بناء علي سوء فهمهم لها أو خطئهم في تقدير عواقبها.

وأخيراً فإن الشهادة الزور لا تخول أحداً مقابلتها بالدليل الباطل لإظهار نواحي اختلافها مع هذا الدليل. لأن في ذلك إعمالاً لأثره بالمخالفة للدستور.

وإذا قيل بأن المحاكمة الجنائية لا تتم علي الوجه الأكمل إلا إذا أحاطها ضوء الحقيقة، إلا أن الحقيقة التي يعتد بها في هذا المقام، هي الحقيقة القانونية التي تحدد الأكلة التي يجوز

(١) Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985).

قبولها، وذلك التي يجب قمعها The suppression of evidence لمخالفة طريقة جمعها
للدستور^(١).

(١) James v. Illinois, 493 U.S. 307 (1990).

الفصل السابع

المحاكمة الجنائية المنصفة

المبحث الأول

التدابير التي يجوز اتخاذها في مرحلة ما قبل المحاكمة

٨١١- تعمل السلطة جاهدة على إيقاع المذنبين في يد العدالة، وهي تتخذ قبل محاكمتهم تدابير مختلفة تتغيا بها معرفتهم، كالوسائل العلمية المنهجية التي تطبيقها للعثور على بصماتهم وتحليل دمايتهم وفحص ما تركوه في مسرح الجريمة من آثار كأداة القتل، وما نطقوا به أثناء ارتكابها، وطريقة تصرفهم التي شوهنوا عليها، وملامح وجوههم ولو أخفوها وراء قناع. وهي تعتبر هذه التدابير جميعها -أغلبها من طبيعة علمية- مجرد مراحل تحضيرية غايتها القبض على الجناة الفارين، ولو غيروا من مظهرهم لتضليل العدالة حتى لا تجد طريقها إليهم.

وليس أمام القائمين على تنفيذ القانون بالتالي غير رصد المشبوهين وتعقبهم للقبض عليهم. ويفترض ذلك تحديد شخصيتهم، من خلال تدابير علمية بتخونها، كتحليل دمايتهم في مسرح الجريمة وأدواتهم التي ارتكبوها بها، وحصر بصماتهم ورفعها وضبط أقعمتهم التي خلفوها، وأجزاء ملابسهم التي انتزعتها أظافر ضحيتهم، وبعض ملابسهم التي أخفوها.

وهذه الوسائل العلمية تسهل دائما مناقشتها وبحض كل دليل تأتي منها. ذلك أن التقنية العلمية معروفة أنواتها، ومعلوماتها متاحة بصورة كافية لعدد غير قليل من المعنيين بها. والمغايرة في مناهجها محدودة، وللمحامين مواجهتها بصورة جادة بد توجيه الاتهام. ولا يحتاجون بالتالي إلى المثول مع موكلهم في مرحلة ما قبل المحكمة التي تتم فيها هذه التحاليل العلمية. ذلك أنهم يستطيعون التليل على عكسها أمام المحكمة من خلال خبراء يستقدمونهم، ويعرضون عليهم هذه التحاليل، ويطلبون منهم إيداء رأيهم فيها. فإذا أثار هؤلاء شكوكا خطيرة حول صحتها، لم يجوز الاعتماد على نتائجها.

ولا كذلك المرحلة للدرجة السابقة على المحاكمة والتي تقوم على رصد المشبوهين الذين يعتقد بإسهامهم في الجريمة -في طلبور عرض Identification Parade. مع آخرين لا شأن لهم بالجريمة المدعى ارتكابها حتى إذا ابصر شهود عيانها أفراد هذا الطابور Lineup، وكان من بينهم من رأوه على مسرحها، عرفوه إما لكلمة نطق بها، أو لطريقة مشي اختص بها، أو لملامح قاسية ظهر بها على مسرح الجريمة^(١).

(١) انظر في ذلك:

Neil v. Biggers, 409 U.S. 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98 (1977).

ويتبدو خطورة عرض المشبوهين مع غيرهم في طابور العرض، أن ضحية الجريمة -وعلي الأخص في جرائم العرض- قد يكون هو شاهدها الوحيد، فيحدد منفردا وبصورة خاطئة، وعلي ضوء ثورة غضبه، أو لتهور يتسم به، شخصا معينا باعتباره مرتكبها.

وقد دل الإحصاء علي أن تحديد شخصية المذنبين من خلال طابور العرض المتقدم، كان دائما عملا محفوفًا بالمخاطر، وكثيرا ما أساء إلي العدالة ذاتها من خلال إدانة أبرياء أقحموا ظلما في الجريمة نتيجة خطأ في الشهادة عليهم، خاصة وأن شهود العيان يختلفون فيما بينهم في حدة البصر، وعمق للقيم الخلقية، وقوة الذاكرة أو وهنها، ودقة ملاحظاتهم أو عشوائيتها. وقد يتوهمون انتهاء لا وجود لها، وإنما صورها لهم الخيال. وقد يجزمون بوقوع الجريمة، وبرؤيتهم لمرتكبها ليلاً وهم كاذبون. وقد ينسبونها تحاملاً إلى من يبيضون.

كذلك فإن طريقة إعداد رجال الشرطة لطابور العرض، قد يكون لها أثر في توجيه شهود العيان، خاصة إذا أعقبتها ملاحظة أو كلمة أو إشارة موحية. فلا يختار شهود هذا العرض غير الشخص الموحى إليهم به -ولو كان بريئاً- ليمساق إلي المحكمة بعدئذ بوصفه متهماً، وعلي الأخص إذا أشار إليه شهود العيان في مرحلة المحاكمة ذاتها، وقرروا أنه كان فاعلاً لا شريكاً في الجريمة.

وتدل التجربة علي أن هؤلاء الشهود قلما يتراجعون عن رأيهم، ولو أدركوا خطأ في قرارة أنفسهم. وكلما أعد طابور العرض في غير حضور محام يمثل المشتبه فيه، فإن طريقة إعدادها تكون سرا مغلقا. ويتعذر علي المحامين بالتالي -في إطار هذه الأوضاع- أن يفتقروا علي الكيفية التي تم بها اختيار المعروضين، ولا على طريقة صفهم، ولا أن يعدوا بناء طابور العرض بالصورة التي تم بها.

وقد يواجه شهود العيان المشتبه فيه وحده، وليس من خلال طابور عرض يختلط فيه مع آخرين. ومخاطر الإيحاء واحدة في الحالتين.

وفي كثير من الأحوال لا يقدر الشهود، مخاطر تعرفهم علي الجناة، ولا يفتلون إلي الحيل التي توحى لهم بأشخاصهم. والمشيرون أنفسهم لا يدركونها، ولا يبصرون وسائلها؛ ولم يدربوا علي فهمها وقد تأثيرها علي هؤلاء الشهود^(١) Suggestive Influences.

(١) Neil V. Biggers, 409 U.S., 188 (1972); Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98, 107 - 14 (1977).

٨١٢- كذلك فإن احتجاجهم أثناء المحاكمة على الطريقة التي تم بها إعداد طاوور العرض، أو مواجهة منفردين بشهود العيان، غالباً ما يكون عديم الفائدة.

ذلك أن المحلفين يقابلون بين كلماتهم وكلمة رجال الشرطة للذين تفترض حديثهم فيما أجروه.

ومن ثم يتحدد مصير المشبوهين بعد اتهامهم -لا من خلال المحاكمة ذاتها- وإنما عن طريق المواجهة السابقة عليها بينهم وبين شهود العيان Pretrial Confrontation ؛ وبينهم وبين الدولة بأجهزتها الشرطة؛ وبينهم وبين المحلفين بعد أن حكم عليهم هؤلاء الشهود بأنهم الجناة، ولو كان الشهود حسني النية، وكالت الشرطة لم تعد الأمور بحيلها الموحية.

ذلك أن مصير المتهمين بالجريمة قد تحدد سلفاً في المرحلة الحرجة السابقة على اتهامهم Past indictment lineup، والتي لفتقدوا فيها عون محاميهم، شأن احتياجه لهذا العون في هذه المرحلة الحرجة Critical stage شأن احتياجه لمحاميهم أثناء المحاكمة.

بل إن حاجتهم إليهم في المرحلة الحرجة السابقة على محاكمتهم Out- of- Court lineups قد تكون أشد، لأنها تحمل في ثناياها عناصر إدانتهم بالجريمة^(١).

ويتعين أن يكون مفهومها أن المرحلة الحرجة التي يتعين حضور محام فيها، هي التي يجوز عقلاً اعتبارها جزءاً من المحاكمة ذاتها. ذلك أن عون المحامي إذا لم يقدم في هذه المرحلة، فإن جهده في تعزيز مركز موكله سيكون بالضرورة أقل من أن يكون كافياً^(٢).

ويتعين بالتالي أن يعمل المحامون في تلك المرحلة مع موكلهم، وأن يخطروا سلفاً بعزم الشرطة على صفهم مع آخرين في طاوور العرض، ليكون حضور هؤلاء المحامين معهم شرطاً لرضهم على شهود الجريمة، إلا إذا أسقط المشبوهون حقهم في ذلك بإرادتهم الحرة. ولا يجوز أن يقال بأن حضور المحامين يعرقل مواجهة المشبوهين بشهود العيان.

ذلك أن هذا الحضور ظل مطلوباً في المحاكمة الجنائية ذاتها دون أن يرمي المحامون بتعطيل إجراءاتها. ومن غير المتصور أن يكون حضور المتهمين مع موكلهم في مرحلة ما قبل المحاكمة التي يوجهون فيها شهود الجريمة، معطلاً تنفيذ القانون، ذلك أن وجودهم بنقيضها من شوائبها ويكفل حصول النيابة العامة على أدلة للجريمة لم تتسرب إليها نقائص تسددها،

(١) United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967); Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967).

(٢) United States v. Ash, 314 U.S. 300 (1973).

ولا يعطل كذلك تقديم الجناة الحقيقيين إلى العدالة. وإنما يكون حضور المحامين مع المشبوهين في طاوور العرض Show-ups الضمانة التي تكفل لتهام المذنبين وفق الدستور والقانون.

وتظهر خطورة عرض المشبوهين مع غيرهم في طاوور واحد بضمهم، ودعوة شهود الجريمة لتحديد من يكون من بينهم مرتكبا لها، في أن تشخيصهم علي هذا النحو، يتوخي ربطهم بالجريمة أثناء محاكمتهم عنها بوصفهم مسئولين عن ارتكابها.

فإذا لم يكن لديهم محام أثناء عرضهم في هذا الطاوور، فإن انتهاقه للطريقة التي تم بها وهو لا يعرفها - يكون غير مؤيد بقليل.

ويتعين بالتالي أن يكون حضور المحامين مع موكلهم شرطا مستوريا لجواز العرض حتى ينفوا علي أسلوبيه، وعلى مظاهر تأثير الشرطة علي شهود الجريمة، ما كان منها مقصودا أو غير مقصود؛ وإلا لخلل التوازن بين سلطة الاتهام في مجال اعتمادها - أثناء المحاكمة - علي نتيجة طاوور العرض، وبين المحامين في مجال نفي صحتها بعد أن حبل بينهم وبين حضوره، والنظر في كفيته، ومظاهر التأكيد فيه.

ويتوخي تحقيق هذا التوازن، أن يكون تشخيص شهود الجريمة لمرتكبيها موضوعيا، وأن يكون تعريفهم عليهم أثناء المحاكمة قائما علي مصدر مستقل An independent origin عن شهادتهم في طاوور العرض إذا كان معيبا. ويدخل في تقدير ذلك مجموعة من العوامل أهمها ما إذا كان الشاهد قد توافرت لديه فعلا، فرصة البصر بالجاني وقت الجريمة، ودرجة انتهاء الشاهد وقت رؤيته للجاني، ومدى دقته في وصفه لملامحه؛ وقدرة تيقنه من الجاني وقت تعرفه عليه في الطاوور؛ والفترة الزمنية المنقضية بين وقوع الجريمة، ومواجهة الشاهد للجاني؛ ووجه التقاطع بين أقوال الشهود الذين تعرفوا عليه؛ والصورة التي أعطاهما المتهم لما تم فيه؛ وما إذا كان شخص آخر قد شهد الجريمة وشخص جناها قبل عرضهم عليه؛ وما إذا كان تحديد هؤلاء الجناة قبل صفهم في طاوور العرض، قد تم بعد عرض صورهم علي شهود الجريمة؛ وما إذا كان هؤلاء الشهود قد أخفقوا في هذا التحديد في مرحلة سابقة^(١).

ولا يجوز أن تأخذ المحكمة بأحد هذه العوامل أو بعضها دون البعض الآخر. ذلك أن دلالتها لا تتحدد إلا على ضوء مجموع الظروف التي تحيطها. فإذا قام الدليل على أن الظروف التي أحاطت بالتعرف على المشبوه لها من واقعها ما يرجح تكبيرها أو تطرق الخلل

(١) Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967); Simmons v. United States, 390 U.S. 377 (1968); Foster v. California, 394 U.S. 440 (1969); Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

إليها بصورة جوهريّة *A Substantial likelihood of misidentification*، تعين عدم الاعتماد عليها^(١) وعلى الأخص ما كان من هذه العوامل قللًا على صور من الإلحاء بعثتها للشرطة في الشهود، ووجهتهم بها وجهة بذلتها تقدمهم بأن شخصًا معينًا هو من أتى للجريمة. ذلك أن حضور المحامين مع موكلهم لم يعد مقصوراً على تقديم اللون لهم في مسائل القانون وحدها خاصة بعد تطور وسائل التحقيق ووجود الشرطة المنظمة التي تحذر معها الفصل بين ما يعتبر واقعاً وما يدخل في مسائل القانون^(٢).

٨١٣- وصار لازماً بالتالي أن نقرر أن تعيين شهود الجريمة للجناة الذين صنفهم للشرطة مع غيرهم في طاوور عرض، يعتبر عملاً مخالفاً للدستور وباطلاً، كلما تم عرض المشبوهين في هذا الطاوور في غير حضور محاميهم.

وإذ يحدد شهود الجريمة من قارفوها على النحو المتقدم، فإن تعيينهم لمرتكبيها يكون ثمرة إجراء باطل. ويلحق هذا البطلان كذلك تعريفهم عليهم في قاعة المحاكمة، كلما قام الدليل على أن شهادتهم الجديدة، تبلور نتجة العرض الباطل. وهي بد قاعدة ينطبق حكمها ليس فقط على كل طاوور لا يكون المشبوهون المعروضون فيه غير ممثلين بمحام عنهم، وإنما كذلك في كل مواجهة فردية بين المشتبه فيه في غير حضور محاميه، وبين شاهد عيان الجريمة.

A face to face encounter between the witness and the suspect.

٨١٤- علي أن الأوضاع الملحة التي يجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، قد تقتضيهم أحياناً عرض المشتبه فيه -وقبل حضور محاميه- علي من شاهد الجريمة. فلو أن شخصاً طعن سيده طعنة نافذة في صدرها مما اضطرها إلي إجراء عملية خطيرة لأعنتها في المستشفى، وكان رجال الشرطة في صراعهم مع عامل الوقت، ونصباً لوفاء المجني عليها قبل عرضها علي المشتبه فيه، قد اضطجبهوا إليها في مكان علاجها، وحصلوا منها علي ما يفيد أن من عرضوه عليها هو من طعنها. ثم شهد رجل الشرطة والمجني عليها بذلك أمام المحكمة، فإن تعرفها علي المشتبه فيه، يكون موافقاً للدستور بالنظر إلي الأوضاع الملحة التي

(١) Neil v. Biggers, 409 U.S. 188 (1972).

(٢) ولا يكفي بالتالي أن يفت المتهم مع محاميه في مرحلة المحاكمة، بل يتعين أن يتم ذلك في أية مرحلة من الاتهام رسمياً أو غير رسمي، فخلل المحاكمة أو خارجها كلما كان غياب المحامي مؤدياً إلى الاضرار بحق المتهم في محاكمة منصفة. ولا تعتبر المحاكمة كذلك إذا أُضير المشبوه في مرحلة ما قبل المحاكمة التي تؤثر في مصيره بدرجة خطيرة أو تجعل من المحاكمة ذاتها مجرد شكل بلا مضمون Mere formality.

وجد رجال الشرطة أنفسهم فيها، خاصة وأن المجني عليها كانت هي الشخص الوحيد الذي لبصر الجاني، ولأنه ما كان يوسعها أن تعان الجاني في مكان احتجازه بالشرطة، وذلك بالنظر إلى خطورة إصابتها التي قد تلقي حتفها بسببها، فلا تصل الشرطة قط إلى الجاني إذا لم تسمع فوراً لقولها في المستشفى^(١).

^(١) Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967).

المبحث الثانيالإفراج قبل المحاكمةPretrial Release

٨١٥- عادة ما يوفر النظام القضائي في الدولة للأشخاص الذين قبض عليهم وينتظرون صدور قرار الاتهام في شأن جرائمهم، فرصة الإفراج عنهم بوسائل مختلفة يندرج تحتها إطلاق الشرطة لسراحهم فوراً إذا كانت الجريمة التي ارتكبوها ناهية، فإذا كانت جريمتهم من الجرائم الخطيرة؛ وكان قرار الاتهام قد صدر؛ فإن الإفراج عنهم يكون بكفالة يقدمونها لإطلاق سراحهم حتى الفصل نهائياً في قضيتهم. بيد أن هذا الإفراج لا يجوز كلما كان تكبيراً وقائياً Preventive detention خوفاً من احتمال عبثهم بأدلة الجريمة، أو التأثير في شهودها، أو بالنظر إلى خطورتهم التي يرجح معها احتمال ارتكابهم لجرائم جديدة إذا ما أطلق سراحهم، بما يهدد أمن مجتمعهم، أو يلحق مضار جسيمة بأشخاص بذواتهم يسد هؤلاء المجرمون إلى تصفية حساباتهم معهم لضفائهم قديمة، أو لوشايتهم بهم أو انقلاباً عليهم.

ويظل الحق في الإفراج عنهم قبل المحاكمة - حال انتفاء مخاطره - مشروطاً أصلاً بإمكان تقديمهم تاميناً يكتل ظهورهم أمام المحكمة إذا طلبتهم، وتنفيذ العقوبة المحكوم عليهم بها إذا أنبلوا بالجريمة^(١). ويحتر هذا التامين - مع جواز مصادرته حال الإخلال بشروطه - ضماناً إضافياً لحضورهم. وكلما جاوز مقدار هذا التامين الحدود المنطقية التي تكفل الوفاء بمثلهم أمام المحكمة التي تستدعيهم وتنفيذ العقوبة التي تحكم بها عليهم، فإن مبلغها لا يكون معقولاً متوخياً تعجيز المتهم عن دفعها، ومخالفاً للدستور بالتالي Excessive bail. وعلي المحكمة أو النيابة العامة بالتالي، أن تحدد مبلغاً منظوراً في ذلك إلى كل حالة على حدة^(٢).

٨١٦- وعادة تحيط السلطة التشريعية بالإفراج عن المتهمين قبل محاكمتهم بشروط ضيقة بالنظر إلى تصاعد عدد الجرائم التي يرتكبوها بعد إطلاق سراحهم، وحتى لا تخرج المحكمة أو النيابة عنهم إذا كثفوا يمثلون خطراً حقيقياً على آخرين، فيما إذا قبلت كفالتهم.

وعلى ضوء هذه الشروط لا يجوز أن تقرر النيابة أو المحكمة حبس متهمين حبساً احتياطياً أو وقائياً، إلا بعد سماع أقوالهم. فإذا ظهر لها بهتد رجحان فرارهم من قبضتها فيما

(١) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, 4 (1951).

وفى هذه القضية، تقول المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، إن الحق التقديري في الحرية قبل الإدانة، يكتل الحق في الدفاع غير المعاق، وحظر توقيع عقوبة قبل الإدانة. وما لم يكتل المشرع الحق في الكفالة قبل الإدانة، فإن لفرض البراءة الذي تحصلنا عليه بعد قرون من النضال، بقدر معناه.

(٢) Unifac⁴ States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988) at 754.

أو أفرج عنهم، أو أن خطرا داهما قد يلحق آخرين من جراء ولوغهم في الإجرام بعد إطلاق سراحهم، فإن حبسهم احتياطيا يكون ضرورة لا مفر منها.

ولكل من هؤلاء بالتالي الحق في طلب محام يكون إلى جانبهم أثناء النظر في طلبهم الإخراج عنهم، وأن يأتي بشهوده، وأن يقدم ما يراه من الأدلة التي يعزز بها موقفه، وأن يواجه شهود النيابة ويجرحهم.

ولا يجوز للنيابة أو للمحكمة أن ترفض طلبهم الإخراج عنهم، سواء بالنظر إلى خطورتهم أو لرجحان هروبهم، إلا بعد أن تكون ذلك في قرارها أو حكمها مؤيدا بأدلة واضحة ومقنعة. ولا يجوز كذلك النظر إلى سلطة الحبس الاحتياطي باعتبارها سلطة مطلقة، إذ هي مقيدة بأغراضها، وبالضرورة التي توجهها، وأهمها طبيعة ودرجة خطورة الجريمة التي ارتكبتها اللجنة، وخلفيتهم، وخصائص تكوينهم، وماضيهم في الجريمة، ونزوعهم إليها، وقدرة الإصرار على الولوغ فيها. وعلى ضوء هذه العوامل تقرر النيابة أو المحكمة الإخراج عنهم، أو بقاءهم محبوسين احتياطيا.

وبمراعاة أن حق المتهمين في الحرية قبل إدانتهم، مؤداة استصحابهم الأصل فيهم، وهو الافتراض برأيتهم^(١).

فإذا كان قرارها باستمرار حبسهم، تعين أن يكون طريق الطعن فيه استئنافيا مفتوحا. فذلك وحده ضمان موازنة الحرية بمصلحة الجماعة. ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن حرمان الناس من حريتهم لا يجوز أن يتم على ضوء احتمال ارتكابهم مستقبلا لجريمة أيا كان نوعها؛ وأن مصائر الناس لا تحدها غير أفعالهم التي قارفوها بالمخالفة للقوانين الجزائية؛ إلا أن هذه القاعدة لا تصدق بالنسبة إلى شروط الإخراج عن المتهمين التي يضعها المشرع، والتي يحدد على ضوءها في صورة منطقية، قواعد الإخراج عن المحتجزين في السجون.

ذلك أن شرط الوسائل القانونية السليمة بكفل حماية الأشخاص في حرياتهم وأموالهم في مواجهة خطرين يتأتيان من السلطة وعمالها:

أحدهما من طبيعة موضوعية *Substantive due process* تمنعها من التكدل في حياة الأفراد وحرياتهم وأموالهم على نحو يصادم للضمير العام، أو يخل بالحقوق المندرجة ضمنا في إطار الحرية المنظمة.

(١) Stack v. Boyle, 342 U.S. 1 (1951)

وثانيتها من طبيعة إجرائية لا يجوز بحثها قبل التحقق من توافر العناصر الموضوعية لشرط الوسائل القانونية السليمة.

بما مؤده أن الوسائل القانونية التي تتوافر لها ضوابطها الموضوعية، تظل بحاجة إلى متطلباتها الإجرائية *Procedural due process* كشرط لسلامتها. ذلك أن تدخل السلطة في حياة الأشخاص أو في حرياتهم أو في أموالهم، لا يكون معقولاً ما لم يتم بطريقة منصفة *In a fair manner*. وغير صحيح ما يقال من أن الشروط الضيقة للإفراج عن المتهمين قبل محاكمتهم، تنافس الوسائل القانونية السليمة في جوانبها الموضوعية بالنظر إلى انطوائها على عقوبة تفرض عليهم قبل إدانتهم.

ذلك أن قواعد هذا الإفراج من طبيعة تنظيمية وليس مضمونها عقابيا، فضلاً عن أن مجرد احتجاز بعض المتهمين في حبسهم، لا يدل بالضرورة على قصد عقابهم. وإنما تتحدد الطبيعة للتنظيمية أو العقابية لشروط الإفراج على ضوء ما عناه المشرع بها وتوخاه منها. فكلما قام الدليل على أن غرض المشرع من تنظيم معين، ليس عقابيا، وأن هذا التنظيم يتوخي أغراضا مختلفة، فإن هذه الأغراض وحدها هي التي يتعين التقيد بها كي ننظر بعدئذ فيما إذا كان للقواعد التي يقوم عليها هذا التنظيم، صلة منطقية بالأغراض التي استهدفها، أم أنها دخيلة عليها ولا تكفل تحقيق أهدافها^(١).

٨١٧- والبيان من استقراء النصوص القانونية التي ينظم بها المشرع الإفراج عن المتهمين، أنها لا تتمحور عقابا للخطرين منهم. وإنما توخي المشرع درء المخاطر التي قد تنجم عن إطلاق سراحهم. وتلك مصلحة اجتماعية ملحة لا نزاع فيها.

والأصل كذلك ألا يصدر القرار بحبسهم احتياطيا إلا في الجرائم الخطيرة كجرائم الاتجار في المواد المخدرة أو الخطرة والجرائم التي تكون عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد- وبعد سماع أقوالهم، وألا يزوج هؤلاء المحبوسين مع الأشقياء المارقين، وإنما يعزلون عنهم في أماكن مستقلة قدر الإمكان.

(١) أخذ الحق في الكفالة للإفراج عن المتهم، من وثيقة إعلان الحقوق البريطانية. ولا يسى هذا الحق وجوب الإفراج بكفالة في جميع الصور، ولكن فقط الحق في عدم المغالاة في الكفالة في الأحوال التي يكون من الملائم منحها.

٨١٨- ويتعين في كل حال أن تكون مدة الحبس الاحتياطي محدودة، فلا يستطيع زمنها إلى حدود غير منطقية. ولا يتقرر الحبس الاحتياطي - ولو كان تشريعياً "واقعا" في حدود معقولة - بخير رقابة قضائية.

٨١٩- ولا يجوز كذلك أن يقال بأن رفض الإفراج عن المتهمين هو إخلال بشرط الوسائل القانونية المليمة في جوانبها الموضوعية بما يقوم عليه هذا الشرط من عدم جواز تدخل السلطة في حرية الأشخاص وحسبهم احتياطياً قبل أن يصدر حكم بإدانتهم عن الجريمة التي اتهموا بها. ذلك أن السلطة بوسعها في بعض الأوضاع، أن تعيد من حرية الأشخاص قبل محاكمتهم وإدانتهم، أو حتى بدون محاكمة.

ولا شبهه في أن للدولة مصلحة محققة مشروعة وقاهرة- في مكافحة الجريمة سواء كان المقبوض من المبالغين أو القصر، خاصة إذا كان هؤلاء قد ارتكبوا جرائم بالغة الخطورة، وكان راجحاً إقدامهم على جرائم مثلها ضد مجتمعهم بعد الإفراج عنهم. ويتعين بالتالي لجواز الحبس الاحتياطي، أن تقدم سلطة الاتهام سبباً معقولاً للتكليل على أن المتهمين قد ارتكبوا الجريمة لتي نسبتها إليهم، وأن يتم سماع أقوالهم في إطار نظم لخصامية بمعنى الكلمة، وأن تعمل النيابة فوق هذا على إقناع الجهة القضائية المحايدة، بأن الإفراج عنهم يمثل خطراً على أمن الجماعة أو سلامة آخرين.

وتلك مصلحة تربو على مصلحة الفرد في الحرية، وتقضي من الدولة أن تبذل جهدها -ومن أجل مكافحة الجريمة- حتى تجرد من ينزعون إليها أو يقتضون عليها من أسلحتهم التي يهددون آخرين بها. ذلك أن مصلحة الجماعة في ضمان أمنها، تقتضيها فرض الاستقرار في إقليمها، ليس فقط في زمن التوتر والمصيان وإبان الأعمال الحربية، بل كذلك فيما وراءها إذا تطلبتها ضرورة مواجهة الخطرين الذين يعيثون بمصالحها.

وفي إطار هذه الظروف، لا يكون الاحتجاز السابق على المحاكمة، منافياً أصلاً قيم العدل الغائرة جنورها في ضمير الجماعة، والتي لا يجوز التفريط فيها.

وليس احتمال نزوع المتهمين الخطرين إلى الجريمة مرة ثانية وانفاسهم فيها إذا ما أفرج عنهم، تتبوا مستحيلاً. كذلك انخراطهم مستقبلاً فيها ينبغي أن يكون احتمالاً راجحاً، وألا يتقرر بالتالي من فراغ، وإنما على ضوء نظرة موضوعية تحققها الجهة القضائية المحايدة التي تفصل في أمر إبقاء المتهم محبوساً أو إطلاق سراحه. وتتحقق هذه النظرة المحايدة- وعلى الأخص- كلما كان للمتهمين المحبوسين حق كامل في سماع أقوالهم، والشهادة بأنفسهم، وتقديم بيانات وأدلة لصالحهم، ومواجهة الشهود المثلوثين لهم في مرحلة سماع أقوالهم هذه.

وتفصل الجهة القضائية المحايدة في كل ذلك علي ضوء وزنها لطبيعة وخصائص الاتهام، والأوضاع التي تحيط بالجريمة وظروفها، والأدلة عليها، وسجل المتهم وقدر ميله إلى الإجرام، وما يمثل من خطر علي الجماعة أو بعض أفرادها. وعلي هذه الجهة أن تأخذ ذلك كله في اعتبارها، وأن تقيم قرارها علي عناصر واقعية لها معيها من الأوراق، وأن تؤكد قرارها باستمرار حبس المتهم بالأدلة المنطقية التي تؤازره، وذلك كتابة.

٨٢٠- ولئن صح القول بأن الكفالة المغالي فيها تنقضي الدستور، إلا أن ما يقرره الدستور المشرع من حدود منطقية لهذا التأمين، لا يتصل بضرورة الإفراج عن المتهمين للخطر. وإنما يقتصر حكم الدستور علي أمر الجهة القضائية المحايدة بالآلا تقرر هذا التأمين -إذا ما خلص قرارها إلي ملامة اقتضائه- بصورة مبالغ فيها. وليس في ذلك ما يلزمها بالإفراج عن المتهمين المقبوض عليهم جميعهم، في كلفة ظروفهم، وعلي تبين لوضع الجرائم التي ارتكبوها، سواء في طبيعتها، أو قدر خطورتها، أو استحقاق آثارها، أو تداعي نتائجها^(١).

٨٢١- ويتعين بالتالي ألا تتفقت مدة الحبس الاحتياطي بغير ضابط، وإلا كان للمحبوسين حق اللجوء إلي المحكمة لتفصل علي وجه السرعة في أمر حبسهم، ولتقرر الإفراج فوراً عنهم إذا كان احتجازهم مخالفاً للدستور أو القانون، وإلا جاز الطعن علي قرارها أمام المحكمة الأعلى.

وتناهض المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، مدد الحبس الاحتياطي التي يستطيل زمنها علي نحو يتسم بالمغالاة Excessive length of pre-trial detention، ونراها مخالفة لنص الفقرة ٣/ من المادة ٥ من الاتفاقية الأوربية لحماية هذه الحقوق.

وتقرر هذه المحكمة كذلك أن مشروعية الاحتجاز إنما تتحدد علي ضوء حقيقة الأوضاع التي تنصل به، والتي لا يتدرج تحتها الطبيعة السياسية للجريمة؛ ولا درجة تعقد الفصل في ثبوتها أو انتفاءها؛ ولا الطريقة التي سلكها المحامون في التعبير عن ضيقهم بالمحكمة، وانتقاد إجراءاتها غير القانونية؛ ولا بخروجهم من قاعة جلساتها أكثر من مرة احتجاجاً علي بعض تصرفاتها؛ ولا في رفض المتهمين التعاون معها. وإنما يجب التفصل في أمر الإفراج عن المتهم علي ضوء كلفة العوامل التي تحدد في مجموعها ما إذا كان خطر هربه بعد الإفراج، حقيقياً أو نافهاً.

(١) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1988); Stack v. Boyle, 342 U.S. 1, (1951).

ويتعين كذلك على السلطة الوطنية أن تعطي لمرحلة ما قبل المحاكمة أهميتها، وأن تزن حساباتها في شأن الإخراج عن المحتجزين لديها على ضوء الصلة الجوهرية التي تربط بتقييد حريتهم، بمصلحة عامة لها وزنها؛ أخذاً في اعتبارها أن الأصل في هؤلاء المحتجزين، هو افتراض براعتهم، وأن الحرية الفردية لا يصونها غير القيود المنطقية التي تحيط بها، وأن قرارها برفض الإخراج عن المحتجزين لديها، ينبغي دوماً أن يكون قابلاً للطعن فيه، لتقرر محكمة الطعن ما إذا كان قرار الإخراج موافقاً أو مخالفاً للفقرة ٣/ من المادة ٥/ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان^(١).

(١) Judgment of 8 June 1995- no.6/1994/453/533-534* -Yağci and Sargin v.Turkey.

وقد نشر هذا الحكم في ص ٢٨٦ وما بعدها من العدد ١٦ رقم ٧-٩ من مجلة للقانون لحقوق الإنسان
Human Rights Law Journal.

المبحث الثالث

قرار الاتهام

٨٢٢- يعتبر قرار النيابة بتوجيه الاتهام إلى شخص معين بارتكابه للجريمة التي حدثتها، تعبيراً عن السلطة التقديرية التي تملكها، والتي تحدد علي ضوئها من تتهمه بالجريمة. وهي سلطة تباشرها أخذة في اعتبارها ما إذا كانت الأدلة المتوافرة لديها، كافية لحمل قرار الاتهام، ولتوجيه النيابة لمواردها المالية والفنية والعلمية توصلاً لإدانة متهمها.

كذلك فإن قرار الاتهام مؤداه، انتفاء أسس أخري لحمل تقديم المتهم للمحاكمة. ومن ثم يركز قرار النيابة بتوجيه الاتهام أو عدم توجيهه علي سلطتها التقديرية العريضة. وهي في ذلك تنفذ السياسة التي ترتبها كافلة تحقيق أغراض للنظم العقابية التي تقوم فيها بدور الأمين علي مصلحة الجماعة للحريص علي صون حرمانها.

ولئن جاز القول بأن قرارها بعدم توجيه الاتهام، قد لا يلقي معارضة جديدة من الآخرين، وأن المعارضين لقرارها كثيراً ما يخفون في احتجاجهم عليه؛ إلا أن قرارها بتوجيه الاتهام، يطرح بالضرورة بواعثها في شأن الخصومة الجنائية التي حركتها ضد المتهم، كانتقائها بعض المتهمين لتقديمهم إلى المحكمة، دون آخرين كانوا شركاء معهم في الجريمة ذاتها أو فاعلين أصليين في جريمة تماثلها، وكان تقصر اتهامها علي بعض الأشخاص لمجرد مباشرتهم حقوقاً كلها الدستور لهم، كحرية التعبير عن بعض اتجاهاتهم المناوئة للحكومة.

ومن ثم كان كل اتهام مخالفاً للدستور إذا كان انتقائياً، أو منطوياً علي الإخلال بحقوق أساسية كلها الدستور للمتهم، أو صادراً لمجرد مباشرته لهذه الحقوق، أو مغلفاً بالرغبة في الانتقام من المتهم.

ذلك أنه ليا كان قدر السلطة التقديرية التي تملكها النيابة في اختيارها توجيه الاتهام أو عدم توجيهه؛ فإن لهذه السلطة ضوابطها أو كوابحها.

والتمييز بين الجناة المتماثلة مراكزهم القانونية من خلال انتقاء بعضهم لتقديمهم إلى المحاكمة، يناقض الدستور بالضرورة لمخالفته شرط الحصانة للقانونية المتكافئة التي ترفض للمغايرة في المعاملة للقانونية بناء علي اعتبار يتطوّر بالجنس أو باللون أو بالعقيدة أو بغير ذلك من صور التقسيم القائم علي التحكم.

ويبطل بالتالي قرار النيابة بالاتهام، إذا كان موجها بعوامل جوهرها التمييز، وباعتها التفريق بين الأوضاع المتعلقة.

٨٢٣- ويتعبر آخر، كلما كان قرار الاتهام صادرا في حدود السلطة للقانونية للنيابة، وخاضعا للشرعية الدستورية، فلن تعيبه يكون بغير سند. فإذا قام للدليل على أن قرار الاتهام ما كان ليصدر لولا مباشرة المتهم حقوقا كلفها الدستور، بما يجعل مباشرته لهذه الحقوق سببا لصدر ذلك القرار، بطل للقرار بكل آثاره.

٨٢٤- فإذا ما استقر رأي النيابة على الاتهام، كان عليها أن تحدد نطاقه. ويفترض ذلك أن تبين النيابة طبيعة الجريمة التي تنسبها إلى متهمها وأدلتها^(١). فقد تفاضل النيابة بين جنابة وجلحة، وتختار الاتهام بالجنابة مضارة بالمتهم. وقد تفاضل بين اتهامه بجريمة واحدة، أو بأكثر من جريمة حال تعدد الجرائم التي ارتكبها؛ أو لمخالفته بفعل واحد أكثر من قانون جنائي.

وقد يعارض المتهم في إسناد أكثر من جريمة له متهمها النيابة ذاتها بمعبيها إلى الانتقام منه، أو دلفا بالغموض القوانين الجنائية المتعددة التي انتهكها.

وإذا كان من المقرر قانونا عدم جواز تعريض حياة الأشخاص أو أموالهم أو حرياتهم لمخاطر نظم جنائية يتخبطون في معانيها، ويختلفون في مقاصدها، بما يفقدها يقين وضوح أحكامها، فلا يدرك المخاطبون بها حقيقة مضمونها، ولا يخطرون سلفا بالتالي بحقيقة الأفعال التي نهام المشرع عن ارتكابها أو التي حتم عليهم القيام بها؛ وكان تتوفر شرط الأخطار في الجرائم جميعها، يعتبر مطلبا دستوريا لبيان حقيقة الأفعال التي تكونها؛ إلا أن التدخل بين قانونين جنائيين، يدل على أن المشرع لم يحكم صياغتهما، ويجهل كذلك بماهية الجرائم المنصوص عليها فيهما، فلا تتوفر فيهما خاصية اليقين التي تنسب بها القوانين الجنائية جميعها^(٢). ذلك أن هذه القوانين لا تخطر المخاطبين بها بحقيقة الأفعال التي نهتهم عنها أو التي طلبتها منهم، ما لم يكن وصفها للجرائم المحددة بها، كاملاً Fully descriptive of the offence. ويتعين بالتالي أن يصاغ الاتهام على نحو يحدد الجريمة أركانها ولا يجهل بشرط الإخطار بطبيعة الجريمة المنسوبة إلى المتهم. وهو شرط تقتضيه الوسائل القانونية السليمة الإجرائية^(٣).

(١) United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1876), Bartell v. United States, 227 U.S. 427 (1913).

(٢) United States v. Carl, 105 U.S. 611 (1882).

(٣) In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

وما يقال من أن للتدخل بين قانونين جنائيين لا يفيد أكثر من حق النيابة في اختيار أحدهما، وتوجيه الاتهام وفقاً لأحكامه، وأن هذا التدخل لا يعتبر في ذاته مخالفاً للدستور، بشرط ألا تكون النيابة موجهة في خيارها بعوامل التمييز ضد فئة أو طبقة بذاتها من المتهمين^(١)، مردود بأن تعلق قانونين جنائيين بالأفعال ذاتها، واختيار النيابة العامة واحداً من بينها لتأسيس الاتهام وفق أحكامه، مؤداة بالضرورة عدالة غير متكافئة، إذا كان هذان القانونان متعاصرين.

لذا اختلفا من جهة زمن تطبيقهما، وكانت العقوبة التي يفرضها القانون اللاحق أقل من التي يفرضها القانون السابق، فإن اختيار النيابة للقانون اللاحق لا يكون مخالفاً للدستور، إذ هو أصح للمتهمين في مجال تطبيقه بالنسبة إليهم.

ولا كذلك أن تكون العقوبة المقررة بالقانون اللاحق، أشد وطأة من عقوبة القانون السابق، إذ يعتبر القانون اللاحق -في هذا الفرض- ملغياً ضمنياً للقانون السابق بكافة أحكامه، فلا يبقى غير قانون واحد، هو القانون اللاحق، لتزول الجهة القضائية العقوبة التي يفرضها بموازين الشرعية الدستورية التي تحدد على ضوئها ما إذا كانت العقوبة التي يفرضها المشرع للجريمة التي نص عليها القانون اللاحق تنسبها، أو تجاوز وطأتها خصائص الجريمة ودرجة خطورتها. ذلك أن نقل العقوبة بالنسبة إلى نوع الجريمة التي تنطبق بها، ينفي مؤلفيتها للدستور.

٨٢٥- وكما لا يجوز لأغراض انتقامية أن تبشر النيابة سلطتها التقديرية لتوجيه الاتهام إلى شخص معين، لا يجوز كذلك لأية محكمة أن تزيد من قدر العقوبة التي توقعها على المتهم لإشباع هذه الأغراض عينها خاصة إذا كان موقفها في هذا الشأن منهجياً. ذلك أن الانتقام من المتهم Vindictiveness against defender يخل بالضرورة بشرط الوسائل القانونية السليمة.

٨٢٦- وإذا جاز للنيابة في بعض الدول، أن تذكر المتهمين الذين تفاوضهم للحصول منهم على إقرار بالجريمة التي تتهمم بها، بأنها ستوجه إليهم تهمة جديدة غير التي تضمنها

(١) انظر في ذلك قضية

United States v. Batchelder, 442 U.S. 114 (1979).

وفي هذه القضية تؤكد المحكمة العليا للولايات الأمريكية، جواز هذا التدخل من زاوية دستورية. وتضيف إلى ذلك قولها بأن المخاطبين بقانونين جنائيين متدخلين، وإن كانوا لا يعرفون سلفاً ما إذا كانت النيابة العامة ستقدمهم إلى المحكمة وفقاً لهذا القانون أو ذاك، إلا أن هذه الصعوبة شأنها شأن الجريمة الواحدة التي يفرض لها المشرع أكثر عقوبة، ويغوض المحكمة في انقضاء العقوبة التي يراها سمن بينها - أكثر ملاءمة للجريمة.

قرار الاتهام الأول، إذا لم يعترفوا بالجريمة التي نسبها هذا القرار إليهم^(١). فحين شرط ذلك أن يجيز النظام القضائي في الدولة عملية التفاوض هذه، وأن تمنحها الهيئة القضائية المعنية غطاء من الشرعية الدستورية. فإذا كانت عملية التفاوض تلك محظورة وفق النظم العقابية القائمة -وهي لابد أن تكون كذلك لانتطائها على حمل المتهم على الإقرار بجريمة قد لا يكون هو مرتكبها، خوفاً من نتيجة المحاكمة وقلقاً على مصيره- فإن مثل هذا التهديد أو التحذير يكون مخالفاً للمستور.

ذلك أن المتهمين الذين يسبقون إلى الإقرار بالجريمة على هذا النحو، يشهدون ضد أنفسهم بما يدينهم، ويتخوفون من العقوبة المقررة أصلاً للجريمة التي اتهموا بها. إذا رفضوا الإقرار بارتكابها، فلا ينكأف مركزهم ومركز النيابة التي لا يجوز لها أن تدفعهم إلى الإقرار بالجريمة لمجرد اختصار إجراءاتها، أو لتوفر مواردها التي توجهها -في الأصل- بكامل ثقلها لإدانتهم.

٨٢٧- فإذا نحينا جانباً عملية التفاوض تلك بكل مخاطرها ومساوئها؛ وكان من المقرر أن للنيابة -وقبل توجيه الاتهام بصفة نهائية- أن تعيد النظر في تقديرها المبني لحقيقة الأفعال التي ارتكبتها المتهم، والتي قد تكون بعض جوانبها خافية عليها وقت هذا التقدير؛ إلا أن تعديل النيابة لأبعاد الاتهام بعد بدء المحاكمة، يثير شكوكاً حول حقيقة دوافعها^(٢).

(١) قد يقر المتهم بذنبه بدلاً من أن تقوى النيابة العامة بنفسها إثباته Cuiilty Plea وذلك لأسباب مختلفة، منها كثرة الأدلة الموجودة ضده، وكذلك إذا قدر أن محاكمته قد تنتهي إلى فرض عقوبة أكبر من العقوبة التي يتحملها فيما لو أقر بالجريمة. ومن ثم يدخل المتهم ومحاميه في عملية تفاوض Plea Bargaining مع سلطة الاتهام حتى يحصل على عقوبة أخف أو يسمح له بالإقرار بارتكابها لجريمة عقوبتها أخف. ولئن جاز القول بأنه لا يجوز في النظام الاختصاصي للدالة الجنائية أن يكره شخص على الإقرار بذنبه، إلا أنه ليس بمتعجب مختلراً، وبإرادة حرة، كان هذا الإقرار موافقاً للمستور في الدول التي تجيز عملية التفاوض هذه.

United States v. Jackson, 390 U.S. 570 (1968).
وتتظر بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية إلى عملية التفاوض هذه باعتبارها عملية هامة وضرورية في مجال إدارة العدالة الجنائية

Blackledge v. Allison, 431 U.S. 63 (1977); Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978).

(٢) United States v. Goodwin, 457 U.S. 368 (1982).

المبحث الرابع

تقدير الأسس التي قام عليها قرار الاتهام

٨٢٨- يتعرض الأبرياء الذين يقدمون إلى المحكمة الجنائية، خاصة في الجرائم الخطيرة، لمخاطر لا يجوز إسقاطها من حسابهم، حتى لو أطلق سراحهم لبطان الأكلة ضدهم أو عدم كفايتها. ذلك أن سمحتهم تضل بقدر كبير، وتظل علاقة في الأذهان ما تردد عنهم في الصحافة وغيرها من وسائل الأعلام. وهم ينفقون أموالاً ضخمة من أجل للظفر ببرائتهم، ويتحملون أشكالا من المعاناة لا قبل لهم بها طوال محاكمتهم، يندرج تحتها انقطاع صلتهم بالحياة اليومية التي درجوا عليها.

ومن ثم كان حرص النظم الجنائية في تطورها المعاصر، ليس فقط على حماية الأبرياء من مضية أحكام خاطئة تدينهم، وإنما كذلك حمايتهم في مواجهة تهم ليس لها ما يساندها من الأوراق. ويتعين بالتالي أن تتولى جهة قضائية محايدة -عطي الأكل في الجرائم الخطيرة- مراجعة النيابة في قرارها بأن تتهم؛ لتقرر ما إذا كان لقرار الاتهام في هذه الجرائم؛ سد من الأوراق يسوغ المضي فيه.

ومن ثم تتولى هذه الجهة، النظر في الأسس التي قام الاتهام عليها، لتفصل بنفسها في كفايتها أو قصورها عن حمل التهمة، قبل أن توجه هذه الجهة الاتهام إلى المتهم للمائل أمامها.

فكان للجهة للقضائية المشار إليها(*) تقوم بعملية تصفية، غايتها ألا يواجه اتهام بغير دليل. بما يقيم هذه الجهة عزلا بين النيابة والمتهم المحتمل، لتمده بنوع من الحماية هو في أشد الحاجة إليها.

وهذه الجهة القضائية لا وجود لها في مصر، إذ ليس ثمة فاصل بين قرار النيابة المصرية بالاتهام، ومثول متهمها أمام المحكمة التي تفصل بنفسها في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها أو انتفاءها.

(١) تسمى هذه الهيئة في الولايات المتحدة الأمريكية بهيئة المحلفين الكبرى، وهي لازمة في المحاكمات الفيدرالية بمقتضى التحديد للخامس الدستور الأمريكي، ولكنها غير مطلوبة في الولايات الاعضاء في الاتحاد.

وفي ذلك إخلال جسيم بمصلحة المتهم التي لا يكفلها تسرع النيابة في اتهامه، وعلى الأخص كلما كان الدليل على التهمة غير مقبول قانوناً، أو لا مصدر له في الأوراق، أو ليس كافياً من وجه آخر.

ومن ثم يكون وجود هذه الجهة القضائية التي تحيل للمتهم بنفسها إلى المحكمة إذا اطمأن وجدانها لسلامة الأسس التي قام عليها قرار الاتهام، ضماناً حقيقة تؤمن الأبرياء من كل اتهام يتسم بالانتفاخ، أو بالتهور، أو بالتورط، أو بالقهر، أو بالتحايل، أو بالفض، سواء كان المتهم المحتمل فرداً أو أقلية عرقية أو غيرها.

ذلك أن النظم للحقبة للعدالة الجنائية، يعنيها أن يكون قرار الاتهام قائماً على أسس من حكم العقل وضوابط من القانون. فلا يكون إلقاء من القوة التي تتسلط بها النيابة على المتهمين، ولا احتيالا منها على حكم القانون، ولا موجهها بالضعفان الشخصية - Personal ill-will التي يجوز أن تنزلق إليها.

وبتين أن تكبر تلك الجهة القضائية - وفي مجال تقديرها لأسس الاتهام - مناقشاتها علانية، وفي مواجهة النيابة وخصمها، وأن يكون للدفاع عن المتهم المحتمل حق فحص الأدلة التي تقدمها النيابة لتعزيز موقفها من الاتهام، وكذلك مقابلة شهودها بشهوده. ومن ثم لا تكون جلساتها سرية واقعة وراء جدران مغلقة، بل مفتوحة وعلنية، قائمة على المواجهة، ومنطوية على تحقيق مبدئي Preliminary hearing. لا يفصل في التهمة الجنائية من جهة ثبوتها أو انتفاءها، وإنما في ملائمة توجيهها في إطار كافة العناصر التي تقدمها النيابة، وكذلك تلك التي يطرأها الدفاع.

٨٢٩- علي أن ضمانته التحقيق المبدئي، لا تعتبر ضمانته دستورية يخل نقضها بشرط الوسائل القانونية السليمة. ذلك أن ما يتطلبه الدستور لا يزيد عن فصل سلطة الاتهام عن المحكمة التي تنظر التهمة، فلا يندمجان في جهة واحدة.

بما مؤده أن ضمانته التحقيق المبدئي في الاتهام قبل الإحالة إلى المحكمة، وإن كانت خطوة أكبر وأعمق في اتجاه الحرية، إلا أنها غير لازمة دستورياً لصونها.

علي أن المحكمة التي تفصل في الاتهام المحال إليها، وإن كان يومعها دوماً الإفراج عن المتهم إذا تبين لها - ومن ظاهر أدلة الاتهام - نهاؤها أو اعتماد أسسها؛ إلا أن ضمانته التحقيق المبدئي يساندها من الجهة القضائية التي تفصل مبدئياً في جواز إسناد أدلة الاتهام إلى

المتهم المحتمل، أو كفايتها، هي التي تجنبه مخاطر السقوط في هاوية القلق، وتشويه سمعته، والتعريض به، والإخلال بغرضه في الحياة الملائمة للنقطة من شواذها.

ذلك أن قرارها بفساد أسس الاتهام، يعني إسقاط التهمة بغير محاكمة مطولة بتعقد بها مصير للمتهم المحتمل، ويزداد من خلالها اضطراباً. وقد يفقد معها عمله، وعائلته، ومظاهر حياته التي ألفها طوال الفترة التي تستغرقها المحاكمة، والتي تمتد كذلك لتشمل فترة الطعن في حكمها بالإدانة، ثم الفصل نهائياً في هذا الطعن، إذا ظل المتهم أو المدان طوال هذه الفترة الزمنية، في قبضة السلطة، ولو لتنفيذ الحكم الصادر ضده.

ذلك أن مخاطر تقييد حرية المتهم بعد القبض عليه، هي التي يتعين أن تؤخذ في الحسبان.

٨٣- ومتى اختار المشرع ضمانات التحقيق المبني السابقة على إحالة المتهم إلى المحكمة، والتي تتوخى استنكاه الأسس التي يقوم الاتهام عليها، ونقرير صحتها أو إفسادها، تعين أن يتقيد هذا التحقيق بعدد من القيود أهمها:

أولاً: أن مرحلة التحقيق المبني، تعتبر مرحلة حرجة تقتضي حضور محام يمثل المتهم المحتمل Potential accused، ويواجه شهود التهمة وأدلتها. ذلك أن مهارة محاميه وبراعته القانونية، كثيراً ما تكون هي الطريق الوحيد للتكليل على خال في التهمة يتعلّق بتخايل أدلتها أو ضعفها أو اضطرابها. والمحامون المؤهلون يملكون من خبراتهم ما يعينهم على مواجهة التهمة من كافة جوانبها، ومعرفة نواحي قوتها وملاحق قصورها، حتى إذا أُحيل موكلهم إلى المحكمة بعد التحقيق المبني، استطاعوا الدفاع بصورة فعالة وملائمة عن برأته. وقد يطلبون طبيباً نفسياً لفحص حالة المتهم المرضية في مرحلة التحقيق المبني. وقد لا يقدر المتهمون المحتلون الذين يفتقرون إلى الموارد المالية، حاجتهم إلى محامين عنهم في هذه المرحلة الحرجة لتتولى الجهة القضائية القائمة على إجراء هذا التحقيق، تعيينهم، حتى يمدوا يد العون لهؤلاء المتهمين، شأن حضورهم في هذه المرحلة الحرجة، شأن الحق في طلبهم في مرحلة المحاكمة ذاتها^(١).

ثانياً: لا يجوز للجهة القضائية التي تقوم بالتحقيق الابتدائي في شأن متهم محتمل، أن تحيله إلى المحكمة تعاملاً، ولا أن تحرره من قبضتها احتجازاً. وإنما حسبها أن يكون قرارها بإحالتها إليها منصفاً. وليس واجبا عليها أن تتقيد بالقواعد الإجرائية الجامدة.

(١) Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970).

وكما كانت هذه الجهة مكونة من مطلقين، فإن تشكيلها يتعين أن يكون متضمنا عناصر من قرناء المتهم المحتمل، فلا يستبعد السوء من تكوينها إذا كان المتهم من جنسهم؛ وإلا كان تشكيلها منطويا على تمييز يناقض الدستور^(١).

ثالثاً: أن هيئة المطلقين التي تقوم بالتحقيق الابتدائي، تتكون من المواطنين البسطاء الذين لا يدركون القواعد القانونية المعقدة، ولا يفهمون دروبها الملتوية. ولا يجوز بالتالي نقض قرارها بتوجيه الاتهام، ولو كان هذا القرار غير مؤيد بأدلة يجوز قبولها قانوناً^(٢).

ذلك أن صحة قرار هذه الهيئة يرتبط بتشكيلها وفق الدستور والقانون، وبصدوره في غير محاباة ودون تحامل. والمواطنون البسطاء الذين يشكلون هيئة المطلقين لا يجرؤون تحقيقاتهم على ضوء القواعد القانونية الغنية. وإنما يكون الإصرار على تطبيقها حقا للمتهم في مرحلة الخوض في موضوع الاتهام، وذلك أمام المحكمة التي تفصل في صحة التهمة أو بطلانها توصلًا لحكم بالبراءة أو بالإدانة.

(١) Costello v. United States, 350 U.S. 359 (1956).

(2) Holt v. United States, 218 U.S. 245 (1910); Loun v. United States 355 U.S. 339 (1958).

الفصل الثامنالمحاكمة المنصفةالمبحث الأولصورتها الإجمالية

٨٣١- هذه المحاكمة هي الوجه المقابل لضمان الحرية الشخصية ولصون الحق في الملكية التي لا يجوز تقييدهما بغير الوسائل القانونية المألوفة التي ترد في جنورها التاريخية إلى مجابهة أعمال التحكم أيا كان أطر لها، وسواء كان من يباشرها ملكا أو أميرا أو غيرها.

وهي بذلك تقوض امتياز مباشرة السلطة بغير ضوابط تقتضيها الحدود المنطقية لولايتها، وتواجه الحرافة عن أهدافها حتى في المفاهيم المعاصرة التي تتوزع السلطة بمقتضاها بين أفرع مختلفة يستقل كل منها عن الآخر، فلا تتدخل مهامها.

ولا يجوز بالتالي للسلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، أن تفرض أوامرها وخياراتها على مواطنيها، وكأن الوسائل القانونية المألوفة من صنعها، لتحدد بنفسها ما يدخل تحتها وما لا يندرج فيها. إذ ليس ذلك من الحقيقة في شيء.

ذلك أن هذه الوسائل لا تتوخى غير صون أمانة الناس جميعهم، وضمان كرامتهم. وهي بذلك تلوح على السلطين التشريعية والتنفيذية، وعلى السلطة القضائية نفسها لأنها تبين لكل منها الدائرة التي ينبغي أن تعمل فيها. ويدونها يتعرض الفرد لمفاطر جسيمة قد يصير معها مجرد شيء بغير قيمة.

٨٣٢- وإذا كان الأصل في الناس جميعهم هو الحرية؛ وكان الدستور قد كفل حرمة أموالهم، فإن صون حرياتهم وملكيتهن، ينالها التجويل بمضمون القوانين الجزائية، وينضمها كذلك سوقهم إلى محكمة لا يتوافر لها من استقلالها وحيثتها، ما يكفل لحقوقهم التي نص عليها الدستور، لحد الأدنى من متطلباتها، ويندرج تحتها الحق في محاكمة سريعة وعادلة ومحيدة لها من ضماناتها ما يكفل إنصافها، ومن تكامل إجراءاتها ما ينفي اختصارها^(١).
Summary Trial

فلا يدان شخص بغير دفاع؛ ولا بناء على دفاع غير ملائم؛ ولا وفق أدلة تم تلفيقها أو تزويرها، أو الحصول عليها من أوجه أخرى بالمخالفة للقانون؛ ولا بأدلة ليس لها صلة

(١) Barker v. Wingo. 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 398 U.S. 30 (1970); United states v. Marion, 404 U.S. 307 (1971); In Re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

بالجريمة المدعى ارتكابها، أو لا تنتج في إثباتها^(١)؛ ولا بقرائن مجافية للحقائق العلمية والعملية^(٢)؛ ولا لمجرد حرمانه من ميزة كظلمة الدستور أو المشرع؛ ولا بشهادة يكره هو على أدائها ليدين نفسه بها، ولا إخلالا بالحق في سماع دفاعه بعد إخطاره بعناصر الاتهام بلا إبطاء غير مفهوم^(٣)، ولا وفق قواعد ليس لها من مضمونها أو إجراءاتها ما يكفل إنصافها؛ ولا بإنكار حق المتهم في النفاذ إلى الوسائل العلمية التي يقتضيها تحقيق دفاع جوهري لبيداه^(٤).

ويوجه خاص لا يجوز حرمان متهمين من حضور محكمتهم، كلما كان مثولهم فيها ضروريا لعرض موقفهم من الجريمة المدعي بها ونفيها عنهم، ولو كان ذلك بتخطيهم لمحاميهم، وإدارتهم للدفاع عن أنفسهم بالطرق التي يرونها أكثر ملاءمة أو تأثيرا. ويتعين كذلك ضمان مثولهم في كل إجراء يؤثر في المحصلة النهائية للخصومة الجنائية، كالانتقال إلى محل الجريمة لتحقيق بعض عناصرها.

بما موداه، أن الأصل في الاتهام الجنائي -وبالنظر إلى خطورته- أن يواجهه المتهم من خلال محكمة لها من ضماناتها، ومن مضمون القواعد التي تطبقها، ما يكفل فعاليتها ووزنها لأثباتها بالقيسط. كذلك فإن الأصل في الأشخاص، وإلى ما قبل إدانتهم بالجريمة، هو حرية أبداً منهم من القيود عليها.

(١) Vachon v. New Hampshire, 414 U.S. 478 (1974).

(٢) Tot v. United States, 319 U.S. 463, 468 (1943).

وتعتبر المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية عن القرنين التحكيمية المنافية للواقع العسلي في الحياة بقولها.

Presumptions so strained as not to have a reasonable relation to the circumstances of life.

(٣) وبسبب ذلك أن الأصل هو أن يكون لكل إنسان حق في أن يحيا حياة هادئة مطمئن فيها على حريته وملكيته بغير تدخل من السلطة العامة، إلا إذا كان تتدخلها وجه من القانون. ومن ثم يعتبر الحق في سماع لقول الشخص للمواجه بإجراء ما، الوجه المقابل لحق السلطة في اتخاذ هذا الإجراء. وهو بذلك يمثل أرقى القيم وأرفعها في مجال الوصول إلى الحقيقة. ذلك أن المعرضين لمخاطر معينة، لا يستطيعون دفعها إلا بعد إخطارهم بها، وضمان فرص عادلة لمواجهتها.

Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 264 - 65 (1970).

(٤) يفترض في هذه الوسائل العلمية أن تكون هي الإجراء الوحيد لإظهار براءته. وعندئذ يتعين على الدولة أن تحتمل نفقاتها. فإذا ادعت امرأة نسبة طفل إلى شخص معين، وكان اختبار الدم هو الإجراء الوحيد الذي يملكه المدعى عليه لدحض قرائن قمتها الأم، ويبدل ظاهرها على نسبة الولد إليه، فإن على الدولة أن تجرى على نفقتها هذا الاختبار.

Little v. Streater 452 U.S. 1 (1981).

فإذا تدخل المشرع من خلال الجزاء الجنائي لتجريم بعض أفعالهم، وجب أن يقوم الدليل عليها وفق وسائل قانونية لها من معقوليتها ومن ثباتها، ما يبرر تقييد حريتهم الشخصية.

ومن ثم تطرح هذه الوسائل في مجموعها، نطلق الحقوق التي يملكونها في مواجهة سلطة الاتهام، والتي تكافأ بها ألسنتهم معها.

وهي حقوق لا يجوز المنزول عنها، أو التفريط فيها، سواء تعلق الأمر بالراشدين من الجناة أو بأحداث جانحين، أو بمن أصابتهم عاهة العقل بعد الجريمة أو قبل ارتكابها. ذلك أن حقوق هؤلاء وهؤلاء -جميعهم متهمون- تتحد على ضوء ما يعتبر حقاً وعدلاً، ملائماً لأوضاعهم، كاللهم كل ضمانات يقتضيها الفصل في الاتهام إحصافاً.

وحتى بعد إدانتهم بالجريمة، فإن شرط الوسائل القانونية يحدد الطريقة التي ينبغي معاملتهم بها في السجون التي أودعوا فيها، ويبين كذلك قواعد الإفراج عنهم قبل اكتمال مدة عقوبتهم؛ وإن تعين القول بأن الوسائل القانونية التي ينبغي تطبيقها في شأنهم قبل إدانتهم بالجريمة، تزيد في صرامتها، عن تلك التي يؤخذ بها بعد إثباتها عليهم. ذلك أن حريتهم بينما هي مطلقة في الصورة الأولى Absolute freedom، فإنها مقيدة أو مشروطة في الصورة الثانية Conditional liberty.

٨٣٣- وقد نظرت المحكمة الدستورية العليا إلى الحق في المحاكمة المنصفة من الأوجه الآتي بيلها:

أولاً: أن هذا الحق مقرر بنص المادة ٦٧ من الدستور^(١). التي تركت في أصلها إلى الفقرة الأولى من المادة الحادية عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص بأن لكل شخص وجهت إليه تهمة جنائية، الحق في أن تقرض برأته، إلى أن تثبت إدانته في محاكمة علنية توفر لها كل ضمانات ضرورية للدفاع.

وتفرع هذه القاعدة كذلك عن المادة العاشرة من هذا الإعلان، التي تنص بأن لكل شخص حقاً مكملاً، ومكافئاً مع غيره، في محاكمة علنية ومنصفة، تقوم عليها محكمة مستقلة محايدة تتولى الفصل في حقوقه والتزاماته المدنية، أو في التهمة الجنائية الموجهة إليه.

(١) تنص المادة ٦٧ من الدستور على أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه.

ثانياً: أن نص المادة ٦٧ من الدستور يبلور قاعدة استقر العمل على تطبيقها في الدول الديمقراطية. ومفترضها في نطاق الإتهام الجنائي، أن يكون هذا الإتهام معرّفاً بالتهمة، محدداً طبيعتها، مفصلاً أدلتها، وكافة العناصر التي ترتبط بها، وعلى أن يكون الفصل في هذا الإتهام والماً خلال مدة معقولة، وعن طريق محكمة تتوافر لها -من خلال تشكيلها وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها، بما في ذلك علانية جلساتها- ضمانات استقلالها وحيدتها، والأمس الموضوعية التي تقوم بها على وظيفتها.

وتختلف هذه المحاكمة المنصفة عن المحاكمة غير القانونية ذلك أن الأخيرة هي التي حدد القانون عناصرها أو شرائطها قبل إثبات الجريمة. ولو جاز أن يحدد المشرع بمطلق إرادته هذه العناصر وتلك الشروط، لصار لغوا أن يتقيد المشرع بضوابط فرضها الدستور في شأن محاكمة المتهمين كذلك المنصوص عليها في المادة ٦٧ من الدستور^(١).

ومن ثم لم تعد للمحاكمة الدستورية العليا وزناً لعبارة "المحاكمة القانونية" الواردة في هذه المادة، وأبطلتها بعبارة "المحاكمة المنصفة" Fair Trial على تقدير أن هذه للمحاكمة - بشرائطها المسلم بها في الدول الديمقراطية- هي التي يعطيها الدستور.

ثالثاً: لا يجوز أن تكون المحاكمة متهماً إلا من خلال تحقيق تجربة بنفسها، وعلى ضوء الأدلة التي تنطق بها الأوراق، والتي لها من تماسكها ما يؤيد لنتقاء كل شك معقول في مجال التليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم بارتكابها.

رابعاً: تتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة في مجموعة من القواعد المبدئية التي تعكس مضامينها نظاماً متكامل الملامح، يتوخى بالأسس التي يقوم عليها، صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، وبحول ضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها. وذلك انطلاقاً من إيمان الأمم المتحدة بحزمة الحياة الخاصة، وبوطأة القيود التي تنال من الحرية الشخصية، ولضمان أن تنقيد الدولة عند مباشرتها لمسلطاتها في مجال فرض العقوبة صوناً للنظام الاجتماعي بالأغراض النهائية للقوانين الجزائية التي ينافيها أن يبدل المتهم بالمخالفة للحد الأدنى من حقوقه التي نكفها قواعد إجرائية تؤثر في المحصلة النهائية للدعوى الجنائية، ويندرج تحتها افتراض البراءة كقاعدة أولية توجهها القطر، وتقتضيها طبائع الأشياء. ويظل هذا الافتراض قرين تلك الدعوى في كافة مراحلها لا يتخلف عنها إلى أن

(١) تنص المادة ٦٧ من دستور مضي على أن تفترض براءة المتهم إلى أن تثبت إدانته في محاكمة قانونية تتوافر له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه.

ينقض بحكم بات على ضوء أدلة الثبوت التي قدمت للنيابة في شأن الجريمة التي نسبتها إليه في كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها، بما في ذلك القصد الجنائي بلوغه إذا كان مطلباً فيها.

وبغير ذلك لا ينهزم أصل البراءة، إذ هو من الركائز التي أقرتها النظم القانونية جميعها، لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين، وإنما لترد عن المتهمين، كل شبهة تقتدر إلى أساسها.

ومن ثم يعكس هذا الافتراض قاعدة مبدئية تحيط بكل فرد -سواء قبل المحاكمة أو أثناءها وعلى امتداد حلقاتها- فلا يزحزح مجرد الاتهام أصل البراءة. إذ هو قاعدة مستحصية على الجدل، واضحة ووضوح الحقيقة ذاتها، تقتضيها الشرعية الإجرائية، ويعتبر إنفاذها مفترضاً أولاً لإدارة العدالة الجنائية، ويتطلبها الدستور لصون الحرية للشخصية في مجالاتها الحيوية، ولتوفير الأمن لكل فرد من خلالها، في مواجهة التحكم والتسلط والتحامل، بما يحول دون اعتبار واقعة تقوم بها الجريمة ثابتة بغير دليل، وبما يرد المشرع عن افتراض ثبوتها بقراءة قانونية يقيّمها بالمجافاة للمنطق .

خامساً: أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقتدر دائماً من الناحية الدستورية- وضمن فعاليتها -بوسائل إجرائية إلزامية وثيقة الصلة بحق الدفاع- من بينها حق المتهم في مواجهة الشهود الذين قُدمتهم للنيابة العامة إثباتاً للجريمة، والحق في نفيها من خلال شهود أو دلائل يطرحها.

سادساً: أن وقوع المحاكمة خلال مدة معقولة، وكذلك علنية جلساتها، وحيدة قضائتها واستقلالهم، جميعها فرض دستورية لا يجوز الإخلال بها، وتقتضيها الحقوق التي يملكها المتهم في إطار الوسائل القانونية السليمة، وإلا صار الحكم الصادر ضده باطلاً.

٨٣٤- بيد أن بيان المحكمة الدستورية العليا لحقوق المتهم في مواجهة الاتهام الجنائي، لا تنحصر في تلك التي حددتها؛ ولا في أصل البراءة كقاعدة توجبها الفطرة، ويستحيل ههنا بغير حكم صار باتاً. وإنما توجد إلى جانبها -وكشرط لتحقيق مفهوم المحاكمة المنصفة- حقوق تكامل معها وتتمها.

ومن مجموع هذه الحقوق تتوافر للمحاكمة المنصفة، ركائزها وضوابطها في حدها

الأكبر^(١).

وفيما يلي تفصيل لما تقدم:

(١) انظر في ذلك "مستورية عليا" القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية "مستورية" -قاعدة رقم ١٧- جلسة ١٢/٢/١٩٩٤ - ص ١٥٤ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة أول أكتوبر ١٩٩٤-قاعدة رقم ١٠- ص ٣٥٨ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية "مستورية" -جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٣- ص ٦٨٦ وما بعدها من الجزء الخامس؛ والقضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية "مستورية" -جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤٤- ص ٧١٦ من الجزء الخامس.

المبحث الثانيالحق في محاكمة سريعةThe Right to a speedy TrialLe droit d'être jugé dans un délai raisonnable

٨٣٥- يعتبر الحق في محاكمة سريعة من الحقوق الجوهرية التي يقتضيها شرط الوسائل القانونية السليمة^(١). وهو ليس كغيره من الحقوق التي يكتفلها المستور لحماية المتهم. ويفسر ذلك بأن هذا الحق من الحقوق الأساسية التي لا يجوز معها لسلطة الاتهام أن تؤجل بغير مبرر معقول توجيهها الاتهام إلى المتهم رغم اعتراض المتهم على التأجيل ولو كان المتهم قد أطلق سراحه^(٢) ذلك أن تأجيل اتهامه يعرضه للاحتجاز العام، وقد يحرمه من فرص العمل. وهو يعوق كذلك مبلثرته لحرية التعبير والاجتماع والإسهام في العمل العام. وحتى إذا اتهم وظل الاتهام معلقاً آمداً طويلة، لتنابه للقلق وصار مضطرباً، وقد يفقد شهوده، أو يتطرق الوهن إلى ذاكرتهم.

ومن ثم يكفل هذا الحق، مصلحة المتهم ليس فقط في ألا يبقى قبل المحاكمة مهددة حريته بغير مبرر، وإنما يتفيا كذلك النكليل من المخاطر التي تنجم عن بطء المحاكمة بصورة ملحوظة، تتدثر معها آثار الجريمة، وتتضائل بمسببها فرص الدفاع للملاص لظروفها، ويزداد معها عدد القضايا التي تأخر الفصل فيها بغير منطق بما يضر بالقواعد التي تدار العدالة الجنائية على ضوئها، ويوفر لبعض المتهمين فرص الضغط على النيابة واستغلالها من أجل الإقرار بجريمة عقوبتها أقل من عقوبة الجريمة محل الاتهام.

ولئن كان هذا الحق واقعاً في نطاق الحقوق التي تتوخي معاملة المتهمين إنصافاً وبطريقة ملائمة، إلا أن الحق في المحاكمة السريعة يزيد عليها في ارتكازه علي مصلحة للجماعة تستقل عن مصلحة المتهم وقد تناقضها.

Separate from and at times in opposition to the interests of the accused.

وكثيراً ما يفرج عنهم حتى يتم الفصل نهائياً في الاتهام، بما يخولهم الولوغ في جرائم أشد في وطأتها وأقبح في نتائجها. فضلاً عن أن إطلاق سراح المتهم يزيد من احتمال اختفائه

(١) أخذ هذا الحق من نص في وثيقة الماجنا كارتا Magna Carta. وقد ورد كذلك في إعلان فرجينيا للحقوق لعام ١٧٧٦، ونقل من هذا الإعلان إلى التعديل السادس للمستور الأمريكي.

(٢) United States v. Ewell, 383 U.S. 116 (1966). See also, Beaudoin, G.A. et W.S. Tranopolsky, Charte Canadienne des Droits et Libertés, les éditions Wilson et Lafleur, 1982, p.462; Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

بصفة نهائية. كذلك فإن طول الفترة الزمنية التي يقضونها فيما بين القبض عليهم وإدانتهم، تجعل عمالة إعادة تأهيلهم من الصعوبة بمكان بعد أن أضر الاتهام بهم نفسياً ومالياً وإجتماعياً.

فإذا لم يفرج عن المتهم بكفالة، ظل محتجزاً في المسجون التي تنكس بنزلاتها ويعاشون جميعهم ظروفاً صحية ونفسية قاسية تؤثر بالضرورة في قيمهم وتوجهاتهم الإنسانية، فلا يكونون غير أشقياء بالنظر إلى الأوضاع التي يتفقونها، والتي لا يعودون بسببها إلى الحياة أسوأ.

كذلك فإن لاحتجاز المتهمين الذين يترصدون للفصل في الاتهام، تكلفة عالية من الناحية المالية، سواء في ذلك تلك التي تكفيها الدولة في مجال ضمان الحد الأدنى من الشروط اللازمة لإدارة المسجون، أو على صعيد الإعالة التي تقدمها بعض النظم لأسر المتهمين الذين حرموا من عائلهم الملقي وراء القضبان^(١).

وتظهر كذلك فروق للمغايرة بين الحق في محاكمة سريعة، وغيره من الحقوق التي يكفلها الدستور للمتهمين، في أن بطء المحاكمة قد يعمل لصالح المتهم. ذلك أن المحامين كثيراً ما يناوون من أجل تطويل إجراءاتها حتى تقف النيابة اتصالها بشهودها، أو حتى يصيبهم ومن في ذكارتهم *Défaillance de la mémoire des témoins* بالنظر إلى طول الفترة بين وقوع الجريمة والفصل في نسبتها إلى المتهم بارتكابها، خاصة وأن النية هي التي عليها إثباتها.

وإذا كان حرمان المتهمين من تمثيلهم بمحاميين عنهم أو حملهم على الإدلاء بشهادة يرفضونها، يعتبر -ولمجرد هذا الحرمان أو الحمل- إضراراً بهم؛ إلا أن الإخلال بالحق في محاكمة سريعة، قد لا يوفر لهم فرص الدفاع عن أنفسهم.

ويزيد من صعوبة الأمر، أن هذا الحق، من المفاهيم التي يكتنفها الغموض بالنظر إلى تعذر تحديد اللحظة الزمنية التي يتحقق فيها الإخلال بذلك الحق بصورة يقينية.

وحتى بعد تحديد هذه اللحظة، فإن تجاوزها مؤداه ضرورة إسقاط التهمة. وذلك نتيجة خطيرة من أثرها إطلاق سراح المجرمين، ولو كانوا من عتاتهم.

وعلى ضوء هذه المخاطر جميعها يتعين القول بأمرين:

(١) Baker v. Wingo, 407 U.S. 514 (1972); Dickey v. Florida, 389 U.S. 30 (1970).

أولهما: أن الحق في محاكمة سريعة، مؤداة توقيتها بزمان محدد، لا إطلاق إجراءاتها بغير حدود منطقية من عامل الزمن.

ثانيهما: أن الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة، يفترض أن يكون المتهم قد طلبها كشرط للقول بمجاوزة منتهى حدود الاعتدال. فإن لم يكن قد طلبها، اعتبر ذلك نزولاً اختيارياً عنها، وإن تعين القول بأن إرادة النزول عن الحقوق التي كفلها الدستور لا تفترض، وأن علي المحكمة أن تأخذ بكل قرينة منطقية تناهض هذا النزول. ذلك أن المتهم كثيراً ما يضار من المحاكمة التي يستلبلل زمنها، خاصة إذا كان قد حبس احتياطياً مدة طويلة قبل بدئها^(١).

٨٣٦- ويتعين دوماً أن يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة وإن كان مشوباً بالفموض، بالنظر إلى تحذر تحديد المدة التي لا يجوز أن تجاوزها المحاكمة؛ إلا أن ضمان المحاكمة السريعة، يظل التزاماً علي النيابة علي تقدير أن مصلحة الجماعة يدخل بها كل محاكمة لا تضبط منتهى في حدود منطقية.

وفي مجال تقدير طول مدة المحاكمة أو قصرها، تأخذ المحكمة في اعتبارها ما إذا كان محامي المتهم قد طلب وقتاً إضافياً لإعداد دفاعه؛ وما إذا كان قد دبه موكله إلي حقه في الاعتراض علي المحاكمة التي استطلت أجلها؛ وما إذا كان المتهم قد مثل أمام المحكمة بغير محام؛ وما إذا كان اعترض المتهم علي طول إجراءاتها، قد قرع سمعها علي وجه الجزم؛ أم أن هذا الاعتراض كان شكلياً *Pro forma objection*. ويتعين علي النيابة أن تقيم الدلائل بنفسها علي أن نزول المتهم عن الاعتراض علي طول محاكمته، كان إرادياً، قائماً علي العلم بالحق في محاكمة سريعة، وبأبعاد هذا الحق. ذلك أن الحق في محاكمة سريعة من الحقوق المنفردة، سواء في مجال تحديد زمنها، أو علي ضوء أوضاع المحاكمة وظروفها التي تنشئ بما إذا كان المتهم قد نزل عند هذا الحق أو تمسك به.

٨٣٧- ويتعين بالتالي في مجال تقرير طول المحاكمة، أن يكون امتدادها في الزمن مقصوداً أو عدوانياً *Purposeful or aggressive* وأن ينظر إلي سلوك كل من النيابة والمتهم بشأنها علي ضوء كل حالة علي حدة *An ad hoc basis*. فلا نقرر أن المتهم، قد حرم من الحق في محاكمة سريعة إلا علي ضوء عدد من العوامل أهمها طول مدة تأخرها، وبسببه، ودرجة إصرار المتهم علي هذا الحق، وقدّر ما أصابه من ضرر من جراء إهداره. وليس من المفترض أن يقيم المتهم الدلائل علي وقوع هذا الضرر.

(١) *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967); *Smith v. Hooey*, 393 U.S. 374 (1969).

وما لم يكن ثمة تأخير يفترض فيه الإضرار بالمتهم، فلا وجه للخوض في توازن العوامل الأخرى التي نخفلها في ميزان ضمن أو إهدار الحق في محاكمة سريعة، علي أن يكون مفهوماً أن المدة الطويلة بالنسبة إلي جريمة عادية، لا تعتبر كذلك في جريمة معقدة، متداخلة العناصر، يحتاج إعداد النيابة لأدلتها بشأنها، إلى مدة أطول.

٨٣٨- وكلما كان طول المحاكمة مرده إلي فعل النيابة بقصد إحباط جهود الدفاع، فإنها تكون مسئولة عن تصرفاتها. كذلك فإن إهمال المحكمة الفصل في القضية المطروحة عليها، أو تكس للضحايا المنظورة أملها، لا يعتبر عنرا يسوغ طول إجراءاتها.

وقد يكون اختفاء شاهد هام في القضية، مبررا معقولا لطول فترة نظرها بشرط أن يكون احتمال العثور عليه راجحا. ويتعين أن يعطي وزن كبير لدرجة إصرار المتهم علي الاحتجاج بالحق في محاكمة سريعة. ذلك أن تركه في ذلك، يجعل من الصعوبة بمكان قبول الإدعاء بإهدار هذا الحق. ويؤخذ دائما بما لحق المتهم من ضرر، سواء تمثل في احتجازه فترة طويلة من الزمن قبل المحاكمة، أو في تعميق قلقه علي مصيره، أو في عرقلة جهود الدفاع؛ وعلى الأخص ما تطلق منها بعهزه عن إعداد قضيته نتيجة اختفاء شهود المتهم أو وفاتهم أثناء محاكمته التي استطلت زمنها. وهو ما يتحقق كذلك إذا تطرق الوهن إلي ذكرة شهوده، وصاروا غير قادرين علي استعادة واقعة قديمة، ووصفها بالدقة الكافية^(١).

ويظل لفترة احتجاز المتهم السابقة علي تقديمه إلي المحاكمة، أهمية كبيرة. ذلك أن هذا الاحتجاز يعتبر زمنا ضائعا Dead Time لا يستطيع المتهم فيه جمع أدلته والاتصال بشهوده وإعداد غير ذلك من أوجه دفاعه. وتلك مخاطر جسيمة ينوء بها خاصة إذا قضى ببراءته في النهاية.

وحتى لو لم يحتجز المتهم قبل المحاكمة، فإن القيود التي تفرض أثناءها علي حريته، ومظاهر العداء التي تحيط به، وصور النفور التي تجابهه علي امتداد زمن الفصل في الاتهام، ومعاملته باعتباره من المنحرفين اجتماعيا؛ جميعها هموم تحوم حوله ليعتصره القلق.

٨٣٩- ويتعين دائما أن ينظر إلي الحق في محاكمة سريعة، باعتباره من الحقوق التي كفل الدستور أصلها؛ وأن ينظر في تقدير تولف هذا الحق أو تخلفه، إلي كافة العوامل ذات

(١) Beavers v. Haubert, 198 U.S. 77 (1905).

للصلة؛ كطول الفترة المنقضية بين القبض والمحكمة، ونوع ونطاق الأضرار التي عايشها المتهم من جراء طول إجراءاتها.

ولا يعتبر تأخير النيابة في توجيه الاتهام حتى تتوافر لديها الأدلة التي تكفي للمتهم بها، من قبيل هذه الأضرار. ذلك أن القانون يلزمها باستكمال أدلتها قبل توجيه التهمة كي لا يتطرق الخلل إليها من جراء الإسراع فيها.

وحتى بعد استكمال النيابة لأدلتها، فإنها قد تؤخر توجيه الاتهام كي تستوثق من حقيقة الصلة بين متهم بعينه، وغيره من الضالعين في الجريمة^(١).

٨٤٠- وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن الحق في محاكمة سريعة يعتبر أساسياً في كل محاكمة جنائية. وهو يقيد في الدول الفيدرالية سلطتها الاتحادية ولاياتها. وهو أصل في كل محاكمة منصفة، وضرورة يقتضيها ألا يظل الاتهام الجنائي معلقاً بغير حسم، بالرغم من اعتراض المتهم على بقاء موقفه قلقاً، ومصيره مبهماً، إزاء اتهام قائم بغير حكم يكون منهيها للخصومة الجنائية، فاصلاً في موضوعها.

ذلك أن إجراء الفصل في هذا الاتهام آماداً طويلة بغير مسوغ، موداه أن تحيط بالمتهم كافة مظاهر الاشتباه المشين للسمعة^(٢) وإلى أن ينتهيه القلق ويحصره إزاء اتهام مسلط على مصيره رديحاً طويلاً من الزمن. مع رجحان لضفاء شهوده، وتخر الاتصال بهم حال وجودهم، وتطرق للخلل إلى الصورة التي في أذهانهم عن كل واقعة يشهدون بها. وجميعها مضار يفترض تحققها؛ فلا يكون المتهم مكلفاً بإثباتها.

ثانياً: أن سرعة المحاكمة لا تتحدد وفق قواعد جامدة يتم تطبيقها بألية عمياء. وإنما مرد الأمر فيها إلى أوضاع للخصومة الجنائية، وظروفها التي تحيط بها، وعلى الأخص ما تعلق بخطورة الجريمة المدعى بها، وتعدد عناصرها، وعدد الشهود الذين يحتمل ظهورهم للشهادة في موضوعها؛ وما إذا كان لشهادة الغائبين منهم وزن خاص، واحتمال حضورهم راجحاً؛ وما إذا كان إرجاؤها واقعاً في حدود منطقية، يدخل في تقديرها ما إذا كان المتهم مطلق السراح، أو مقيدة حريته.

(١) United States, v. Lovasco, 431 U.S. 783 (1977); Costello v. United States. 350 U.S. 359 (1956); State v. Keefe 17 Wyo 227 (1908).

(٢) Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 213 (1967).

ثالثاً: ومما يخل بالحق في سرعة المحاكمة، التتخل فيها بقصد تسويقها Purposeful. وكذلك كلما كان تسويقها، ملتوياً قائماً على الخداع والتخال Opressive بقصد إرهاب المتهم بإجراءاتها. وهو ما يحقق على الأخص، إذا كان إرجاء الفصل في الاتهام، مبناءً أعذار واهية أو مفتعلة بكذبها واقع الحال، أو ليس لها من نفسها ما يقيمها على الحق. وكان منطقياً بالتالي، أن يفترض في كل محاكمة تستطيل إجراءاتها؛ إضرارها بالمتهم وتقويضها جوهر الحقوق التي يملكها وفقاً للمستور، وأن تكون النيابة العامة هي المكلفة بتقديم الدليل على أن تأخيرها كان لعذر مقبول^(١).

رابعاً: ويعتبر نزولاً من المتهم عن الحق في محاكمة سريعة، طلبه إرجاء الفصل في الاتهام لعذر أبداً، أو موافقته ضمناً على طلب النيابة العامة تأخير هذا الفصل. إذ ليس لأحد أن ينقض بيده ما تم من جهته، ولا أن يدعى تضرره من إجراء كان بوسعه الاعتراض عليه، لو كان مذهباً لمصلحته. وعلى المتهم بالتالي أن يتمسك بسرعة محاكمته، فإن لم يفعل، أو يتخذ موقفاً يدل على إصراره عليها، كان ذلك قبولاً ببطئها. ولئن جاز القول بأن المتهم قد يباشر أثناء محاكمته سلوكاً يدل على قبوله بتأخيرها، إلا أن على القاضي أن يستخلص من الأوراق كل قرينة معقولة تناهض نزوله طواعية عن الحق في محاكمة سريعة.

ذلك أن النزول عن الحقوق جميعها - على الأخص تلك التي يكفلها الدستور - لا يؤخذ تعاملاً، ولا يصار إليه افتعلاً. بل يتعين في هذا النزول - أن يكون واضحاً، ومقصوداً. وما النزول عن الحق، غير إسقاط له، فلا يفترض، بل تقوم القرينة على نقيضه، ما لم يظهر عكسها من الأوراق بدليل جازم لا يحتمل التأويل.

خامساً: وسواء تعلق تأخير الفصل في الاتهام الجنائي، بتراخي النيابة العامة في عرض أدلتها؛ أو بتقصيرها في مواجهة الدفاع بشهودها؛ أو بتسويقها في تقديم الدليل على تكامل أركان الجريمة التي تدعيها؛ لم كان تأخير الفصل في هذا الاتهام راجعاً إلى المحكمة ذاتها من خلال إيقاعها الاتهام معلقاً بغير حكم يصدر عنها؛ فإن التأخير في هذه الصور جميعها، يعتبر مطلقاً غير مقبول من الناحية الدستورية، يصم المحاكمة ذاتها بالبطلان.

سائماً: ويتعين في كل حال ألا يكون تأخير الفصل في الاتهام عرضياً. وهو يكون كذلك إذا كان مبرراً بأوضاع يشهد بها حال الجريمة من جهة تعقدها، أو تنوع أدلتها، أو

(١) بلا حظ أن الحق في محاكمة سريعة من الحقوق الأساسية التي تحفظ بها النسخة لمواطنيها. وقد تدخل الكونجرس الأمريكي بقانون لتنفيذ هذا الحق المقرر في التعديل السادس للدستور الأمريكي

طبيعة الخبرة العملية التي تدبّتها المحكمة لتعيينها برأيها على فحص العناصر الفنية في الجريمة، أو لتحليل مسرحها، أو لحل عقبتها، أو لإظهار مزيد من أدلتها التي حاول الجناة إخفاءها. فذلك كله لا يشي بأن تأخير الفصل في الاتهام كان مقصوداً، إذ هو أوثق اتصالاً بالجريمة من جهة تحريها في كافة ظروفها، وما أحاط بها من أوضاع.

سابعاً: وكلما ترأخى الفصل في الاتهام الجنائي بغير مسوغ، ودل هذا التراخي على إعراض المحكمة عن واجبها في الفصل في الخصومة الجنائية المطروحة عليها خلال مدة معقولة - وعلى الأخص إذا قام للدليل لديها على أن الشهود الذين يثبتون التهمة أو ينفونها، لن يكون بوسعهم الحضور خلال زمن معقول - وجب عليها الإفراج فوراً عن المتهم. ولا يجوز بعد هذا الإفراج محاكمته مرة ثانية عن الجريمة ذاتها^(١).

ثامناً: أن بطء المحاكمة لغير مسوغ، يماثل في أثره اختزال مدتها دون ضرورة. ذلك أن تعجيل إجراءاتها، أو تطويلها، كلاهما يناقض الدستور إذا أُلح بالحق في محاكمة منصفة، فلا تكون المحاكمة المنعدمة ولا المترالية، مطلوبة. وإنما اعتدال مدتها هو الضمان لإصالتها من خلال الفرص المتكافئة التي تعد النيابة من خلالها قضيتها خلال فترة معقولة، وبما يوفر للدفاع الفرص ذاتها التي يواجه بها الاتهام بكل الوسائل القانونية التي يملكها، لتكون الكفتان متوازيتين في الحقوق التي تدار العدالة الجنائية من خلالها، ووفق مقاييسها الأكثر تحضراً وصرامة^(٢).

(١) Struck v. United States, 412 U.S. 434 (1973).

(٢) يلاحظ أن الحق في محاكمة سريعة لا ينشط إلا إذا تمّ الشخص جنائياً، United States v. Marion, 404 U.S. 307 (1971) إلا أن القضاء دوجلاس ومرشال ويرنان خلقوا ذلك التالين بأن الحق في

محاكمة سريعة ينطبق كذلك على فترة ما قبل المحاكمة Pre-Trial indictment delays بنسب متطابقة على كل تأخير يقع بعد المحاكمة Post-indictment delays.

المبحث الثالث

الحق في محاكمة علنية

The Right to a Public Trial

Le droit à un procès public

٨٤١- تتوخى هذه العلانية أن تكبر للمحكمة جلساتها، وتبشر إجراءاتها، وتتخذ التدابير اللازمة لضبط نظامها، أمام هؤلاء الذين يرتادون قاعاتها بقدر اتساعها، ويراقبون قضائياتها في كيفية تعاملهم مع المتهمين، والطريقة التي يتناولون بها القضية المطروحة عليهم، وتعليماتهم إلى هيئة المحلفين، ونطاق إحاطتهم بالتهمة التي يفصلون فيها، والحقائق التي يكفلونها لكل من النيابة ومتهمها، وبوجه عام للكيفية التي يديرون بها العدالة الجنائية لضمان تحقيق متطلباتها، وجوهرها أن يفصل بطريقة منصفة في كل اتهام^(١).

٨٤٢- ومن شأن علانية المحاكمة، أن تكون جلساتها مفتوحة للكافة فلا يرد عنها دهماء تقتحمهم العين وتردريهم، ولا يؤثر الوجود بها تبجيلا لهم وتوقيرا لمكانتهم^(٢).

ولعل أكثر المسائل إثارة للجدل في شأن علانية المحاكمة، هي التي تتعلق بما إذا كان للصحافة وغيرها من وسائل الأعلام، حق في اللفاذ إلى جلساتها لنقل ما يدور فيها إلى القراء أو الناظرين. خاصة على ضوء المهام الخطيرة التي تتولاها وسائل الإعلام جميعها، والتي تؤثر في وجهة من يتلقون معلوماتهم عنها، ويندفعون إلى القبول بآرائها دون تقييم لها.

لقد تصور هذه الوسائل المتهمين وكأنهم رمز الخطيئة وبؤرة العصيان والتمرد على القيم الاجتماعية. وكثيرا ما تظهر الجريمة التي اتهموا بها في غير صورتها الحقيقية، ويقدر كبير من الإثارة والتهويل. واهتمامها بضحايا الجريمة، أكثر من اهتمامها بأوضاع المتهمين وظروفهم. وتعمد أحيانا إلى تحطيمهم من خلال عرضها لجرائمهم القديمة، وربطها بواقعهم القاتم. فلا تكون سوابقهم هذه غير نذير شؤم يحدد مصائرهم سلفا، ويعطي الانطباع بأنهم من غلاة المجرمين، وأن كافة جرائمهم تبلور عقيدة إجرامية متصلة حلقاتها، متعددة جوانبها.

فإذا كان المتهم معروفا من قبل لوسائل الإعلام بالنظر إلى جرائم خطيرة سابقة ارتكبتها، وكان لها أثر كبير في شهرته؛ فإن تناولها لمسيرته يركز على جوانبها التي تثير

(١) يرد هذا الحق إلى القانون العام في إنجلترا. ومن الناحية التقليدية، فإن الاتجاه العام في النظم الأجلو-

سكسونية هو النظر بالترتيب واعتبار إلى المحاكمات السرية التي درجت عليها النظم الأسبانية التفتيرية

Spanish Inquisition وهو ما يهدد الحرية.

(٢) In re Oliver, 333 U.S. 257, 266- 70 (1948).

حفيظة الجمهور. فلا تكون معالجتها الجريمة الجديدة وعرضها لها غير نيران توججها، وتثير بها نفة من يقرعون أخبار الجريمة أو يشهدون وقائعها وجناتها، خاصة بعد وصفها الجناة بالدهاء والتحايل وبالقدرة على التوصل من مسؤوليتهم عن الجريمة، وإلقاء تبعثها على آخرين.

وقد ترد وسائل الإعلام أقوال المتهم في الجرائم السابقة، وتربط بينها وبين الجريمة الجديدة، لتقيم من مجموعها دليلا على سوء خلقه وعقو إجرامه. فلا تكون المحاكمة الجديدة، غير تعبير عن التغطية الإعلامية التي تضر بمركزه ومجرد شكلية فارغ مضمونها. *A hollow formality* بعد أن أصدر الغواة حكمهم في الجريمة، واعتبروا فاعلها هو من اعتبر كذلك أمام الكاميرا.

وإذ تكين المحكمة أو هيئة المحلفين المتهم -لا بناء على أدلة ناقشتها ومحصتها- وإنما على ضوء أجواء لوثتها وسائل الإعلام في شأن المتهم؛ ونقلتها إلى أذهان المحلفين ملبدة بها الطريقة التي يفكرون بها من جهة تشويهها لصورة المتهم، فإن قرار هيئة المحلفين لا يكون محايدا، بما يناقض الوسائل للقانونية السليمة التي تكفي أن تكون مصائر الناس مطقة على غير أفعالها، ولا تكين متهما بناء على صورة رسمتها وسائل الإعلام للجريمة المدعى ارتكابها لها ولا على ضوء جرائم سابقة سوء أدبين عنها أو لم يقم دليل عليها.

ولئن صح القول بأن هيئة المحلفين التي يولم تشكيلها الفرائض الدستورية، هي الهيئة المحايدة في وجهتها، إلا أن ذلك لا يعني أن يكون ذهنها خاليا تماما من أية أفكار عن الجريمة قبل أن تناقش أدلتها وتكبرها على حكم العقل. وإنما حسبها أن تنحي جانبها عن ذهنها كل لطباع سابق عن الجريمة، وأن تعرض لأدلتها. بما يقيد فهمها لها وتعمق حقائقها، وتقدير أثرها، ومقابلتها ببعض، ووزنها بطريقة موضوعية لا ميل فيها.

ويظل دائما من حق المتهم ومحاميه التلليل على أن قرار المحكمة أو هيئة المحلفين بإدائته، ما صدر عنها إلا على ضوء الأفكار السابقة التي تلقفتها عن الجريمة، مما حور من عقيدتها، وألهمها هذا القرار^(١).

٨٤٣- ولا تزال أصلا تلك القاعدة التي تخول المحكمة حق إخضاع وسائل الإعلام لرقابتها التي تتوخى بها ضبط إيقاع جلساتها، وأن يركز القضاء والمحلفون اهتمامهم على واقعة الاتهام وأدلتها، وأن تدار العدالة الجنائية وفق متطلباتها، التي لا يجوز أن تسمو عليها لا الوظيفة التعليمية أو الانتقادية التي تقوم عليها وسائل الإعلام، ولا ولجبتها في نقل كل واقعة

(١) Murphy v. Florida, 421 U.S. 794 (1975).

تتعلق بالجريمة إلى الناس كافة. ذلك أن حق المتهم في محاكمة منصفة تتوافر لها ضوابطها وفق الدستور، مقدم علي حريتها في العمل.

ولئن جاز القول بأن الدستور لا يفرض علي الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام حظرا كاملا يمنعها به من عرض كل ولعة تتولتها الذبابة أو الدفاع، وأن تنقلها إلي كافة تبصيرا بها؛ وكان من المقرر كذلك أن التغطية الإعلامية العريضة الانتعاش، لها مخاطرها علي هيئة المحلفين وكذلك علي قضاء الجريمة، ولها تحمل في نتائجها أحيانا شبهة الفصل في الجريمة علي ضوء انطباع لا يتصل بأدلتها؛ إلا أن هذه المخاطر هي التي يتعين أن تتخطى المحكمة إليها بعين يقظة، وأن تدفعها بكل قوة لضمان حق كل منهم في ألا يفصل في التهمة الموجهة ضده إلا علي ضوء أدلتها ونصوص القانون التي تحكمها دون غيرها.

وليس ثمة مبرر بالتالي للحظر المطلق علي التغطية الإعلامية للجريمة، حتى مع صحة القول بأن لهذه التغطية مخاطرها بالنظر إلي أثرها علي المحلفين والقضاة الذين صاروا بسببها موجهين بعوامل خارجية لا صلة لها بالجريمة في ذاتها، ولا بأدلتها. ذلك أن هذه المخاطر لا تتحقق من جهة في كافة القضايا الجنائية؛ وإنما تتوافر في أكثرها استتارة لاهتمام الجمهور سواء بالنظر إلي وحشيتها أو إلي دواعيها وانحطاطها خلقياً واجتماعياً. وبظل لكل من المتهم ومحاميه، حق كامل وأصيل في التكيل علي أثرها علي القضاء والمحلفين، وفي توافر الشروط التي يتطلبها الدستور في المحاكمة المنصفة.

ولا محل بالتالي لتقرير حظر كامل علي التغطية الإعلامية، ما لم يرق الدليل علي أنها في كل أحوالها، وكافة صورها، تؤثر بصورة موحدة لا مغايرة فيها في عقل المتهمين، والمحامين، والقضاة، والمحلفين، والشهود، وسلطة الاتهام، ولها تحور كذلك من سلوكهم، لتصرفهم جميعا عن النظر إلي الجريمة وأدلتها، بما يخل بضوابط الحيطة التي يتعين أن يتحلي القضاة والمحلفون بها. وهو ما لا دليل عليه حتى في الجرائم العاطفية التي تثير اهتماما عريضا بين الناس، خاصة بعد تطور وسائل الإعلام علي نحو أتاح لها نقل ما يدور في المحكمة في غير جلبة، ودون أضواء مبهره، وبطريقة متكئة، فلا تردع جلسات المحكمة برجال الصحافة وأدواتهم التي كانوا يشتتون بها من قبل انتباه شهود الجريمة، والقائمين من رجال القانون بتحقيقها، والقضاة والمحلفين الذين يفصلون فيها.

٨٤٤- واليوم تحرص المحاكم جميعها، علي الحد من مخاطر التغطية الإعلامية في مجال الحماية التي توفرها لشهود الجريمة من الأطفال وضحايا الجرائم الجنسية- وكذلك

الشهود الذين يمتقون الأضواء، ويصيبهم التوتر أو القزع من نقل تفاصيل الجريمة وأحداثها من خلال الكاميرا.

٨٤٥- وحتى يتحقق التوازن بين التغطية الإعلامية الشاملة وبين حق المتهم في منعها، فإن سماع المحكمة لأقواله بالاعتراض عليها وتحققها، يكون واجباً.

وعليها بالتالي أن تسجل أوجه الاعتراض هذه في محاضر جلساتها، وأن تعطى حقها من التحليل، لتحذ من المخاطر التي يتوقعها أو لتتجنبها. إذ ليس ثمة دليل قطعي على أن مجرد وجود وسائل الإعلام في جلسات المحكمة، يخل بالضرورة بحيثتها، ويتعين بالتالي النظر في كل حالة على حدة على ضوء حقيقة بغرضها المستور، حاصلها أن الجو المحيط بالمحكمة من خلال التغطية الإعلامية، لا يجوز بحال أن يصرفها عن حيثتها، ولا أن يخل بانتباهها ويقتنيتها، وأن التغطية الإعلامية -في ذاتها- لا تتناقض الوسائل القانونية السليمة، ولا تخل بالضرورة بمتطلباتها^(١).

وينبغي من ثم للنظر إلى الحق في محاكمة مفتوحة، باعتباره حقاً لكل من المتهمين والجمهور؛ وأن نسل كذلك بأن وجود الصحافة والمراقبين المحايدون الذين يلحظون أو ينقلون ما يدور في جلساتها، بكل معرفة وإعلان الطريقة التي تتعامل المحكمة بها مع القضية التي تنظرها؛ وأن حق المتهم في محاكمة منصفة، لا يقل شأنًا عن حق الصحافة في مباشرة مهامها، والتعبير عن رسالتها التي تنقلها إلى الجمهور^(٢).

٨٤٦- وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول بأن علنية المحاكمة لازمة ألا يرد الجمهور عنها، وأن تكون قاعاتها مفتوحة للناس جميعهم بقدر اتساعها. ذلك أن الأفراد جميعهم متكافئون في هذه الضمانة التي يتمتعون بها بناء على نص في الدستور وبوصفها جزءاً لا يتجزأ من الوسائل القانونية السليمة، وبدونها يبطل الحكم الصادر فيها، ولأنها في حقيقتها ضمان لمراقبة قضاء المحكمة في عملهم وتصرفاتهم، وعلى الأخص في طريقة تعاملهم مع المتهمين والشهود، وإدارتهم جلساتها، وقد تقيدهم بالحدود التي يقتضيها ضبطها، ومدى كفايتها للفرص التي يطمونها للمتأخرين أمامها.

وصار أصلاً حضور الجمهور جلساتها، وبصرهم بما يدور فيها، وإحاطتهم بوقائعها؛ حتى لا تكون سريرتها بديلاً عن إعلانها؛ ولأن وقوعها وراء جدران مغلقة يجهل بها ويحيطها

(١) Chandler v. Florida, 449 U.S. 560 (1981).

(٢) Press - Enterprise Co. v. Superior Court, 478 U.S. 1 (1986); Estes v. Texas, 381 U.S. 532 (1965); Globe Newspaper Co v. Superior Court, 457 U.S. 596 (1982).

بالغموض؛ ويقوض حقوق المتهمين والمدّعين. ولا يجوز بالتالي جعل جلساتها سرية إلا في أضيق الحدود، ولصون قيم عليا^(١). Higher narrowly tailored values .

ويحظر كذلك التمييز بين المواطنين في مجال حضور جلساتها. فلا يشهدا فريق من بينهم دون غيره، ولا في زمن من وقتها دون آخر، ولا ترد الصحافة أو غيرها من وسائل الإعلام عنها من خلال قيود ترقق أدائها لرسالتها دون مقتضى.

ويقدر نهوض الصحافة بمسئوليتها من خلال رصدتها لكل واقعة في المحكمة تدخل في اهتمام قرائها، ولا تلونها بما يؤثر في عقيدة المحكمة، فإنها تكمل دور الجمهور في مراقبتها، وتحملها على أن تدير جلساتها على نحو يحقق للعدالة أعلي مراميها وأرقى قيمها.

ويتعين بالتالي النظر في سرية الجلسة وحرمان الجمهور والصحافة وغيرها من وسائل الإعلام من دخولها، وذلك على ضوء اعتبارين يشهد بهما تحقيق خاص تجرّبه المحكمة بنفسها لتقرر سرية الجلسة أو فتحها.

أولهما: ما إذا كان راجحاً بصفة جوهرية أن يضار حق المتهم في المحاكمة المنصفة إذا قررت المحكمة علانية جلساتها؛ وأن قتلها لضمان سرية ما يدور منها، يقلل من مخاطر العلانية أو يمنعها.

ثانيهما: ما إذا توافرت بدائل منطقية يستعاض بها عن سرية الجلسة، وتكفل بطريقة ملائمة، حق المتهم في المحاكمة المنصفة^(٢).

There must be "specific findings" demonstrating first that there is a substantial probability that the defendant's right to a fair will be prejudiced by publicity that closure would prevent, and second that reasonable alternatives to closure, cannot adequately protect the defendant's fair trial rights.

٨٤٧- على أن علنية المحاكمة وضبط نظام جلساتها، أمران متلازمان. فالذين يثربون اضطراباً في الجلسة، أو يعوقون إدارة العدالة على وجه آخر، لا حق لهم في حضورها^(٣).

وإذا كان موضوع الاتهام خلقياً، جاز إبعاد الإحداث عنها. ويجوز في كل حال إبعاد الخطرين عن المحاكمة، لأن الشهود قد يفزعون من مجرد وجودهم.

(١) Press- Enterprise Co. Superior Court, 464 U.S. 501, 510(1984) (Press- Enterprise 1).

(٢) Press- Enterprise Co Superior Court, 478 U.S. 1 (1986).

(٣) Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976); Walter v. Georgia, 467 U.S. 39 (1984).

وقد تخلى المحكمة قاعاتها من بعض الحاضرين، إذا كان ذلك ضرورياً لتمكين الشهود أو المتهمين من الإدلاء بأقوالهم. وقد تزدحم القاعة بما يزيد على طاقتها، فلا يكون تنظيمها إهداراً للحق في محاكمة مفتوحة، بل إجراء ضرورياً. .

وما لم تقرر المحكمة بنفسها جعل جلساتها سرية صوناً للنظام العام أو لحرمة القيم الأخلاقية؛ فإن حرمان أشخاص بذواتهم -ولو بصفة مؤقتة- من حضور جلساتها دون مبرر معقول -كإثارتهم جلبه فيها- يكون محظوراً. واللتزع في منعهم بأنهم قد يخرجون الشهود، ليس إلا لغواً.

ولأن أقرباء المتهم يشدون أزره بمجرد وقوفهم إلى جانبه، فإن حرمانهم من دخول قاعة المحكمة، لا يكون مبرراً.

٨٤٨- ويفترض في كل محاكمة مغلقة، إضرارها بالمتهم وتقويضها لحقوقه، وعلى الأخص إذا تقرر حرمان محامييه وأسرته وأقربائه، من حضور جلساتها.

وتعتبر المحاكمة مخالفة للدستور، إذا أمر قضاؤها -ودون مقتضى- بإغلاق القاعة من الحاضرين، ولو لم يعترض المتهم على هذا الأمر. وكل قرار يصدر عن المحكمة بسرية جلساتها، يفيد بالضرورة حظر دخول وسائل الإعلام لقاعاتها، وحجبها بالتالي عن الاتصال بها ذلك أن سرية جلساتها لازمها منعها من حضورها، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر.

المبحث الرابع

دور المحامين في الدعوى الجنائية

٨٤٩- إسهام المحامين في الخصومة الجنائية، ليس إجراء شكلياً. وإنما يبلور في حقيقته تلك المعونة التي يقدمونها لموكليهم علي وجه يكتل فعاليتها^(١). ولا يجوز للسلطة بالتالي أن تتدخل بوسائلها لمنعهم من إدارة الدفاع بالطريقة التي يرونها، ولا إجهاض قراراتهم التي يتخذونها مستقلاً عنها، أو التأثير فيها^(٢).

والمحامون أنفسهم قد يخلون بواجبهم في تقديم العون الفعال لموكليهم. فقد يمثلون مصالح متعارضة، أو يهملون في أداء واجبهم. فلا يتابعون بعين يقظة مسار الخصومة الجنائية ومفاجأتها.

وكما كان دفاعهم معيباً بأن كل منطوي علي أخطاء جسيمة لا تستقيم بها المحاكمة المنصفة، ولا يمكن الاطمئنان معها إلي نتيحتها، فإن كل حكم يدين موكليهم بالجريمة، يتعين أن ينقض.

ذلك لكل مهنة متطلباتها ومستوياتها. شأن مهنة المحاماة في ذلك، شأن غيرها من المهن في اقتضاها ممن يباشرونها أن يبنلوا جهداً معقولاً يدل علي قدرتهم علي مواجهة الاتهام بالجريمة، لا من منظور أكثر المحامين خبرة وفهماً ب دقائق علم القانون، وإنما علي ضوء أوساطهم الذين يديرون المهنة وفق مستوياتها المنطقية القائمة التي تلزمهم الحرص علي مصالح موكليهم، والدفاع عنهم بالهمة الكافية، وإحاطتهم بكل تطور مؤثر في الخصومة الجنائية، وأخذ رأيهم في كل قرار يتصل بإدارة الدفاع عنهم، متخذين من مهارتهم ومعلوماتهم طريقاً إلي تحقيق الأغراض التي يستهدفها النظام الاختصاصي للعدالة الجنائية، والتي تتمثل في أن تكون نتيجة الفصل في الخصومة الجنائية، معبرة عن حقيقة مجرياتها قدر الإمكان.

٨٥٠- وليس ثمة قواعد قانونية جاهزة يمكن علي ضوئها الفصل فيما إذا كان المحامون قد أخلوا بواجبهم أو التزموه، وعلي الأخص في نطاق الخصومة الجنائية التي تتنوع قراراتهم بشأنها وفق ما يراه كل منهم أكثر ملاءمة لمصلحة موكله. بل إن وجود مثل هذه القواعد الجامدة يخل باستقلال المحامين، وينطلق المصلحة التقديرية العريضة التي يملكونها والتي يحدون علي ضوئها، ما ينبغي عليهم أن يتخذوه من قرارات في شأن موكليهم، بما في ذلك تلك التي يناورون بها لضمان فرص أفضل للدفاع عن مصالحهم.

(١) W. Beane, The Right to Counsel in American Courts (1955) pp. 8-26, 29-30.

(2) Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

٨٥١- ويتبين أن يكون واضحا أن المعونة الفعالة التي لا يجوز النزول عنها في مجال دفاع المحامين عن موكلهم^(١) Effective Assistance of Counsel، لا يرد بها ضمان أفضل تمثيل لهم، وإنما ينحصر هدفها في ضمان محاكمتهم بطريقة منصفة. فإذا واه المحامون، فإن دورهم في الدفاع عن المتهمين، يكون قد لكتل. ويفترض -وكأصل عام- وفاءهم بواجبهم في الدفاع عن موكلهم. وهو افتراض لا يجوز أن ينقض، إلا إذا أقام المتهم الدليل على أن محاميه -في نطاق الخصومة الجنائية التي مثله فيها، وعلى ضوء ظروفها- لم يحط بها عن بصر وبصيرة، وقصر بالتالي في إيفائها حقها من الاهتمام. على أن يكون ملحوظا أن تسليط الضوء على كل صغيرة وكبيرة أدار بها المحامون دفاعهم، يقوض استقلالهم، ويهدم الثقة بينهم وبين موكلهم، ويمنعهم من قبول بعض القضايا التي لا يطمنون إلي رجحان احتمال كسبها، ويحرض موكلهم على سوء الظن بهم إذا ما خسروها. ولا تعتبر أخطاء المحامين جميعها -حتى ما كان منها مجافيا أصول المهنة ومتطلباتها- مستوجبة نقض الحكم المطعون فيه. ذلك أن أداء المحامين لواجبهم يتوخي ألا يضار المتهمون من جراء التفسير فيه. فإذا لم يكن مضمون الحكم الذي دان موكلهم لتغيير ولو بذل محاموهم العناية الواجبة، فإن نقض هذا الحكم يكون عقيم الفائدة.

٨٥٢- وإذا كان الأصل هو افتراض أداء المحامين لواجبهم، إلا أن القرينة العكسية تقوم في حقهم حال تمثيلهم مصالح يناقض بعضها البعض Conflicts of interest، إذ يفترض إضرامهم بموكلهم إذا كان للمحامي قد باثر دورا فعالا في تمثيل هذه المصالح، وكان التعارض القائم بينها قد انعكس سلبا على أدائه.

وفيما وراء دائرة المصالح التي يناقض بعضها البعض، والتي يفترض الضرر بتمثيلها، فإن على المتهم أن يقيم الدليل على ما حاق به من ضرر من جراء إخلال المحامي بواجبه. ذلك أن الحكومة لا تعتبر مسئولة عن أخطاء المحامين التي يجم عليها نقض الحكم، وليس باستطاعتها كذلك أن تمنعها. فضلا عن أن هذه الأخطاء تتنوع، وكثيرا ما يكون للضرر الناجم عنها غير مؤثر في نتيجة الحكم الصادر ضد المتهم. ويتعذر تصنيفها بوصفها من قبيل الأخطاء التي يكون الضرر بسببها واضحا، ولا تحديدها على نحو يدعو المحامين إلي تجنبها. وينطبق ذلك سواء كان المحامون مأجورين من موكلهم ومختارين من قبلهم Retained of

(١) McMann v. Richardson, 397 U.S. 45 (1932); Glasser v. United States, 315 U.S. 60 (1942).

one's choice and at one's expense لم كانوا معينين من المحكمة التي يمثلون المتهم امامها^(١).

فالمحكمة فن، وما يعتبر خطأ من المحامين في قضية ماء، قد يكون إيهاراً في غيرها. ويتعين بالتالي أن يقيم المتهم الدليل ليس فقط على أن محاميه جاوز بأخطائه، واجباته المهنية وفق متطلباتها المنطقية، بل كذلك على تأثيرها سلباً على موقفه في القضية التي تناولها.

ويتحقق ذلك إذا أقام المتهم الدليل على أن ثمة احتمال معقول يرجح القول بأن مصير المصنوعة الجنائية كان ليتغير لولا الأخطاء المهنية لمحاميها^(٢). كأن يدلل المتهم على أن اعتباره مسؤولاً عن الجريمة، كان سيصير في الأرجح مشكوكاً فيه، إذا كان للدفاع قد خلا من الأخطاء التي انزلق فيها^(٣).

ويفترض للقول بانزلاق المحامي إلى أخطاء لو كان قد تجنبها لتغير وجه الرأي في الدعوى، أن يكون مثلاً في كافة الإجراءات الجنائية متصلاً بها، وألا يكون المتهم قد نزل عن اختياره بإرادة حرة محركاً Intelligent Choice^(٤).

(١) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

(٢) يؤخذ بهذا المعيار كذلك في المعلومات التي تحجبها النيابة عن الدفاع، وكذلك في الشهود الذين تطردهم الحكومة من البلد حتى لا يشهدوا لصالح المتهمين. إذ يتعين لفساد الإجراء في الحالتين، أن يقوم الدليل على أن مسار الخصومة الجنائية كان ليتغير لو لم تتخذ النيابة أو الحكومة هذا الإجراء.

(٣) Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

(٤) ويلاحظ أنه في قضية:

Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938)

وفي قضية. Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1936) تقرر كذلك هذا الحق للقراء.

المبحث الخامس

الحق في محاكمة يتولّى لقضائها الاستقلال والحيطة للكاملان

٨٥٣- تنص المادة ١٦٦ من الدستور على أن للقضاء مستقلاً، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأى سلطة التدخل في القضايا أو شئون العدالة.

ويفترض هذا النص أن ضمان استقلال القضاء عاصم من التدخل في وظائفهم تحريفاً لها أو إخلالاً بمقوماتها، وأن للقرار النهائي في شأن حقوق الأفراد وحررياتهم، بأيديهم، وأنهم هم الذين يردون صور العدوان عليها، ويقدمون الترضية القضائية التى يكفلها الدستور أو القانون لهؤلاء الذين يلوذون بهم، لا يثبتهم عن ذلك أحد، ولا تمنعهم جهة أيا كان شأنها عن أداء واجبهم.

ذلك أن استقلال السلطة القضائية موداه أن يكون لقضائتها الكلمة النهائية في كل نزاع يعرض عليها، وأن يكون تقدير وقعة النزاع وتطبيق حكم القانون عليها حقا خالصا لهم لا يشوبه تأثير، أو إغواء، أو تدخل، أو ضغوط أيا كان نوعها، أو مداها، أو مصدرها، أو سببها، أو صورتها، ما يكون منها مباشراً أو غير مباشر.

ومما يعزز هذه الضمانة ويؤكددها، أن استقلال السلطة القضائية عن السلطين التشريعية والتنفيذية، موداه أن تبسط ولايتها على كل مسألة من طبيعة قضائية؛ وأن يكون استقلال أعضائها كاملاً قبل بعضهم البعض. فلا تتأثر أحكامها بموقعهم من رؤسائهم أو لقرانهم، على ضوء تدرجهم وظيفياً فيما بينهم.

ويتعين على السلطة التنفيذية بوجه خاص، ألا تقوم من جانبها بفعل أو امتناع بجهض قراراً قضائياً قبل صدوره؛ أو يحول بعد نفاذه دون تنفيذه تنفيذاً كاملاً.

وليس لعل تشريعى أن ينقض قراراً قضائياً؛ ولا أن يحور الأثر الذى رتبها؛ ولا أن يحل من تشكيل هيئة قضائية ليؤثر في أحكامها.

ويتعين دوماً أن يكون إسناد القضايا إليهم وتوزيعها فيما بينهم عملاً داخلياً محضاً، فلا توجه سلطة دخيلة عليهم أيا كان وزنهما. ولا يجوز كذلك -فى إطار هذا الاستقلال- تأديبهم إلا على ضوء سلوكهم الوظيفى؛ ولا عزلهم إلا إذا قام الدليل جلياً على انتفاء صلاحيتهم؛ ولا خفض مدة خدمتهم أثناء توليهم لوظائفهم؛ ولا تعيينهم لأجال قصيرة يكون عملهم خلالها موقوتاً؛ ولا اختيارهم على غير أسس موضوعية تكون الجدارة والاستحقاق مناطها.

ويجب بوجه خاص أن توفر الدولة لسلطانها القضائية - بكل أفرعها - ما يكفيها من الموارد المالية التي تعينها على أن تدير بنفسها عدالة مقننة، وإلا كان استقلالها وهماً.

٨٥٤- على أن استقلال السلطة القضائية، وإن كان لازماً لضمان موضوعية الخضوع للقانون، ولحصول من يلونون بها على الترضية القضائية التي يطلبونها حال وقوع عدوان على حقوقهم أو حرياتهم، إلا أن حيدتها عنصر فاعل في صون رسالتها لا يقل شأناً عن استقلالها، بما يؤكد حقيقة أن حيدة القضاة واستقلالهم قسيمان متكاملان ومتظاهران، فلا ينفصل أحدهما عن الآخر^(١).

ولئن كان بعض الفقهاء يولون عنايتهم لاستقلال السلطة القضائية، ولا يعرضون لحيدتها (إلا بصورة جانبية، ويمزجون بينهما أحياناً، إلا أن التمييز بين مفهوم استقلال السلطة القضائية وحيدتها، يتعين أن يكون فاصلاً بين معنيين لا يتداخلان، ذلك أن استقلال السلطة القضائية، يعنى أن تعمل بعيداً عن أشكال التأثير الخارجى التي توهم عزلتهم رجالاتها، فيميلون معها عن الحق إغواء أو إرغاماً، ترغيباً أو تهيباً.

فإذا كان انصرافهم عن إنفاذ الحق، تحاملاً من جانبهم على أحد الخصوم، واحتيازاً لغيره، لمصالح ذاتية أو لغيرها من العوامل الداخلية التي تثير غرائز ممالأة فريق دون آخر، كان ذلك منهم تغليباً لأهواء النفس، منافية لضمانة للتجرد عند الفصل في الخصومة القضائية، مما يخل بحيادهم^(٢). يؤيد ذلك:

أولاً: أن استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاة، وإن كفلتهما المادتان ١٦٥ و ١٦٦ من الدستور، توقياً لأى تأثير محتمل قد يميل بالقضاة عن ميزان الحق لحرافاً؛ إلا أن الدستور نص كذلك على أنه لا سلطان على القضاة فى قضائهم لغير القانون.

وهذا المبدأ الأخير لا يحمى فقط استقلال القضاة، بل يحول كذلك دون أن يكون العمل القضائى وليد نزعة شخصية غير متجردة. وهو أمر يقع غالباً إذا فصل القاضى فى نزاع سبق أن أيدى فيه رأياً. ومن ثم تكون حيدة القاضى شرطاً لازماً دستورياً لضمان ألا يخضع للقاضى فى عمله لغير سلطان القانون.

(١) انظر فى استقلال المحكمة وحيدتها، الحكم الهام الذى أصدرته المحكمة الدستورية العليا بجلستها المعقودة فى ١٩٩٦/١/١٥ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية وهو منشور فى ص ٧١٢ وما بعدها من الجزء السابع من مجموعة أحكامها - قاعدة رقم ٤٩.

(٢) الحكم السابق ص ٧٧٩ من الجزء السابع.

ثانياً: ما قرره إعلان المبادئ الأساسية في شأن استقلال القضاء التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادرين في ١٩٨٥/١١/٢٩ و ١٩٨٥/١٢/١٣. وهما قاطعان في أن القضاء يفصلون بحيدهم، في كل خصومة قضائية تعرض عليهما على ضوء وقائعها ووفقا للقانون، غير مدفوعين بتحريض، أو معرضين لتدخل بلا حق، أو محملين بقيود أو بتهديد أو بضغط ليا كان مصدرها أو مسببها، ما كان منها مباشراً أو غير مباشر.

ثالثاً: أن تعلق ضمانتي استقلال السلطة القضائية وحيدها بالخصومة القضائية، وإلصاقها بها على إدارة العدالة ضماناً لفعاليتها، مؤداه بالضرورة تلازمهما، فلا ينفصلان. ومن غير المتصور أن يكون الدستور ذاتياً بالسلطة القضائية عن أن تقوض بديانها عوامل خارجية تؤثر في رسالتها، وأن يكون إيصالها الحقوق لذويها، مهدداً بالتواء ينال من حيده وتجرد رجالها. وإذا جاز القول -وهو صحيح- بأن الفصل في الخصومة القضائية -حقاً وعدلاً- لا يستقيم إذا دخلتها عوامل تؤثر في موضوعية القرار الصادر عنها، أيا كانت طبيعتها، وبغض النظر عن مصدرها، أو دوافعها، أو أشكالها؛ فقد صار أمراً مقضياً أن تتعادل ضمانات استقلال السلطة القضائية وحيدها في مجال اتصالهما بالفصل في الحقوق لتتصافاً لأصحابها، وترجيحاً لحقيقتها القانونية، لتكون لهما معاً القيمة الدستورية ذاتها، فلا تطرأ إحداها على أخراها أو تجبها، بل يتضامنان تكاملاً، ويتكاملان قدرأ.

رابعاً: أن ضمانات المحاكمة المنصفة التي كفلها الدستور بنص المادة ٦٧، تنحى في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن يكون لكل خصومة قضائية قاضياها -ولو كانت الحقوق الماثرة فيها من طبيعة مدنية- وأن تقوم على الفصل فيها-علانية وإصفاً- محكمة مستقلة ومحايدة بنشئها القانون، يتمكن الخصم في إطارها من إيضاح دعواه، وعرض أدلتها، والرد على ما يمارضها من ألوال غرملته أو حججه على ضوء فرص يتكاملون فيها جميعاً، ليكون تشكيلها، وقواعد تنظيمها، وطبيعة النظم المعمول بها أمامها، وكيفية تطبيقها عملاً، مبلوراً للعدالة مفهوماً تقيماً يلتزم مع المقاييس المعاصرة للدولة المتحضرة.

خامساً: أن مفهوم حق التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، مؤداه أن مجرد اللفاذ إلى القضاء لا يعتبر كافياً لصون الحقوق التي ترتد في وجودها إلى اللصوص القانونية. وإنما يتعين دوماً أن يقتصر هذا اللفاذ، بإزالة العوائق التي تحول دون تسوية الأوضاع الناشئة من العدوان عليها، ويوجه خاص ما يتخذ منها صور الأشكال الإجرائية المعقدة، كي توفر الدولة للخصومة في نهاية مطلقها حلاً منصفاً يقوم على حيده المحكمة

واستقلالها، ويعكس بمضمونها، التسوية التي يعمد الخصم إلى الحصول عليها بوصفها
للقضية القضائية التي يطالبها.

سابعاً: أن القيود التي فرضها الدستور على المشرع لحماية استقلال السلطة القضائية
وحيدتها -لا نقضها أو انتقاصها من أطرافها- لا يجوز الخروج عليها^(١). ويعتبر إخلالاً
بحيدة المحكمة أن تقوم بين أحد قضائتها، وبين المتهم المائل أمامها أو أحد الشهود، عدواة أو
مودة لا يستطيع معها -في الأرجح- للحكم في الخصومة الجنائية بغير ميل -إيجابيا كان أم
سلبيا.

ذلك أن ميزان الحق لا يستقيم مع وجود ميل يكون عاصفاً بالحق، أو مقيداً من محتواه،
ولو لم تصل العدواة إلى حد الخصومة الجارحة، ولا المودة إلى حد مؤاكلة المتهم أو أحد
الشهود أو قبول قضائتها هدايا منهم أو مساكنتهم، سواء كان ذلك قبل رفع الخصومة الجنائية
أو بعدها.

وليس شرطاً في المودة بالتالي أن تكل القرائن على متانتها ووثاقتها، ولا أن تكون
العدواة جامحة في عقها وشدتها، بل يكفي أن تقوم المودة أو العدواة في نفس القاضي، إذا
كان من شأنها انحرافه بسببها عن ميزان الحق^(٢).

وهو ما يتحقق كذلك إذا كان للقاضي مصلحة مالية مباشرة في الفصل في الخصومة
الجنائية بما يضر بحرية المتهم أو يقيد من ملكيته.

٨٥٥- وما ينافي حيدة المحكمة كذلك، انقضاء المحلفين أمامها من جهة أو فئة بعينها،
واستبعاد أشخاص من تشكيلها بالنظر إلى عرقهم أو أصلهم، وعلى الأخص كلما كان هذا
الاستبعاد مقصوداً Deliberate ومنهجياً Systematic وتحكمياً Arbitrary. ويعتبر تصنيفهم
بالنظر إلى أعراقهم أو أصولهم أو لغير ذلك من الأغراض المجافية للمنطق، تمييزاً مخالفاً
للدستور.

ولا يجوز بالتالي تكوين هيئة المحلفين من قطاع بعينه من المواطنين، وإن جاز الطعن
في حيدة بعضهم، لضمان إقصائهم عن تشكيلها. ذلك أن تكوين هذه الهيئة وفقاً للدستور،
يفترض تأليفها من أشخاص لا يسعون للفصل في الاتهام الجنائي على نحو معين. فإذا دل

(١) انظر في ذلك ص ٧٧٩ - ٧٨٢ من الحكم السابق.

(٢) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية دستورية - جلسة ١٦/١١/١٩٩٦ - قاعدة رقم ١٢ - ص ١٨٢ وما
بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة.

تشكيلها علي ميل أعضائها عن الحق انحيازاً من جانبهم لعرق معين أو لطبقة بذاتها، بطل القرار الصادر عنها.

كذلك فإن قطعهم بأراء بذواتها في شأن الجريمة ألمدعى بها، وقيل بسط حقيقتها عليهم، يمنعهم -في الأرجح- من التحول عن العقيدة التي كونوها سلفاً، بما يبطل المحاكمة في كافة إجراءاتها، هي والحكم الصادر فيها^(١).

ولا كذلك آراء مبدئية تتدخل أحد المحلفين أو بعضهم في شأن الاتهام الجنائي قبل الفصل فيه، إذا لم تكن في مجملها غير انطباع عام عن الجريمة ومركبها، فلما يصمد أيام التحليل النقيق لولاعاتها، والعرض الأمين لألتها. فلا يكون هذا الانطباع العام غير تصور أولي يحتمل الخطأ لصورة الجريمة وجناتها. والقول بضرورة أن تصفو أذهانهم من كل انطباع عنها، وأن يفصلوا في أمر ثبوتها أو انتفائها وكأهم قبل مجلسهم في هيئة المحلفين لم يسمعوا عنها شيئاً، ولم يتصل بهم أمر يتعلق بها، ليس إلا تكليفاً بما لا يطلق.

٨٥٦- على أن حيدة المحكمة قد يشوهها رصد أجهزة الإعلام -للتلفزيون على الأخص من بينها^(٢)- لكل ما يدور بها إلى حد التغطية الشاملة لولاعاتها، بما يؤثر في الأعم من الأحوال -على نوعية الشهود للذين يمثلون أمامها، وكذلك على نوع شهادتهم التي يبلون بها، وعلي الأخص إذا كان بعض الشهود خجلين بطبيعتهم، أو كانوا من المظهرين الذين تعجبهم صورتهم، ونشر وسائل الإعلام لها أثناء شهادتهم.

فالخجلون من الشهود مترددون بطبيعتهم. ويزداد ترددهم عمقا إذا بان لهم أن وسائل الإعلام تنقل شهادتهم. ولا كذلك من يعجبهم التظاهر بها في نشر الإعلام لصورهم. إذ غالباً ما يركزون علي أوضاعهم أثناء الشهادة أكثر من التركيز علي مضمونها والإدلاء بما سمعوه أو عرفوه عن الجريمة، أو شاهدوه أثناء ارتكابها.

٨٥٧- وكلما كان المتهم شخصية معروفة لها دورها المشهود في العمل العام، أو كان لها شهرتها في مجال الجريمة المنظمة، أو كان قد أثنى للتخطيط لها أو برع في تنفيذها؛ وكان قضاء الجريمة لم يركزوا أذهانهم عليها بعد أن شنتها وسائل الإعلام المتزاحمة علي نشر كل تفصيلاتها، والطاغية في قوة تأثيرها، فإن محاكمة المتهم عن هذه الجريمة تتخذ صورة شكلية مجافية لإصافها.

(1) Duncam v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968).

(٢) ولا ينبغي ذلك حق الصحافة في دخول قاعة المحكمة لمراقبة وتسجيل ما يجري فيها
Richmond Newspapers, Inc v. Virginia, 448 U.S. 555 (1980).

ومما يذلل من حيدة المحكمة كذلك، أن تفرض الجماهير سيطرتها عليها من خلال آرائهم التي يعبرون بها عن سخطهم على الجريمة، وثورتهم على مرتكبيها، وهواجهم داخل قاعة المحاكمة وخارجها طلباً للقصاص منهم، وللتكفل بهم، ولو عن طريق أوراق يطبعونها ويوزعونها على المارة.

ذلك أن المحاكمة الجنائية لا يقيمها تأثير ضار يكون عاصفاً بالوظيفة التي تقوم عليها، وعلى الأخص كلما كان من شأن هذا التأثير أن يفقد المتهمون اطمئنانهم، وأن يعجز الدفاع عن أن يقدم لهم المعاونة الفعالة التي يتوقعونها، وأن يتضاغل بالتالي احتمال الحكم ببراعتهم.

فلا تكون الجماهير الغاضبة غير معول هدم للحقيقية القضائية التي توازن في محصلتها النهائية - أدلة للجريمة بتلك التي تنفيها، وتقابل شهادة للشهود ببعضها، وترجح ما تراه صائباً منها، فلا يكون الحكم ملوناً بأجواء ملبدة، فرضتها الجماهير على المحكمة بقصد توجيهها وجهة بمعنىها تقرر هي صوابها، بعد أن طبعتها بنصورها الخاص، وبعوامطها المتأججة، وبزوعها إلى البطش بالمتهمين. وهو ما ينافي حقيقة أن كل اتهام جنائي يقتضى تحقيقاً مادناً يوزن فيه كل دليل بقرره. فلا تؤثر فيه عوامل لا صلة لها به، ويندرج تحتها تلك الأجواء الصاخبة التي تحيط بالمحلفين والدفاع، والتي يتعين على المحكمة أن تبذل جهدها لإجهاضها بما يكون ملائماً من التدابير، كعزلها المحلفين وللشهود في أماكن تعصمهم من احتمال التأثير عليهم؛ وحجبهم كذلك عن الاتصال بوسائل الإعلام على اختلافها؛ وتقييد المعلومات التي تنشرها في شأن الجريمة، وعلى الأخص تلك التي تنقلها عن المحامين والنيابة العامة ورجال الشرطة؛ إذا أساء نشرها للمتهمين، أو شوه سمعتهم، أو حرض آخرين عليهم، أو عرض للخطر الحماية القضائية للشهود التي تؤمنهم من كافة المخاطر التي تنال من حريتهم، أو التي تؤثر في شهادتهم^(١).

فإذا تضرر على المحكمة أن تتخذ مثل هذه التدابير، أو بان لها عدم جدواها، تعين أن تتم المحاكمة في مكان آخر، وفي أجواء أفضل *Changing the Venue of the trial* حتى يتوافر للمتهمين الحد الأدنى من الحقوق التي يكفلها الدستور لهم، والتي يأتي الحق في سماع أقوالهم في مقدمتها.

(١) Moore V. Dempsey, 261 U.S. 86 (1923).

المبحث السادسحق المواجهةThe Right to Confrontation

٨٥٨- ولأن الأصل في كل محاكمة جنائية هو شفوية إجراءاتها حتى تكون المحكمة عقيدتها من التحقيق الذي تجريه بنفسها في جلساتها؛ وكان التحقيق الابتدائي -وهو منون بالضرورة- لا يحل محل المحاكمة في أية مرحلة من مراحلها، ولا هو بديل عنها، بل يمهّد لها، وقد لا يؤخذ به^(١)؛ فإن مواجهة المتهم للشهود في مرحلة للتحقيق الابتدائي، لا تعيد النزول عن هذا الحق أثناء الفصل في الاتهام^(٢).

فضلاً عن أن مرحلة التحقيق الابتدائي يوجبها تسرعها، ونمطيتها، وعدم تعمقها حفائق الاتهام بما يحيط بجوانبها المختلفة، وتتسم كذلك بقصور معلوماتها في شأن الجريمة، فلا يلم الدفاع بحقيقة أوضاعها بصورة كافية.

٨٥٩- وتفترض مواجهة الشهود، أن يكون بإمكان الدفاع تنفيذ أقوالهم، ومقارعتها بالحجة التي تنفيها. فإذا كانوا غائبين، أو تعذر العثور عليهم، أو كانوا من غير المواطنين الذين أبعدهم الدولة عن إقليمها حتى لا يناقضهم الدفاع عن المتهمين، فإن التعويل على أقوالهم يكون لغواً. ذلك أن تكذيبها في هذه الأحوال -من خلال شرط المواجهة- يكون غير منصوص^(٣).

٨٦٠- ولا يجوز بالتالي -كأصل عام- تأسيس إدانة المتهم على أقوال لأشخاص تعذر حضورهم لمواجهتهم بالشهادة التي أقوالها بها، وتجريحها.

ذلك أن غيابهم ينفي فرص تعييبها، ويقيها على حالها دون خوض في دلالتها، ولا في صحتها. وهو ما تأباه للنظم العقابية جميعها التي تنظر إلى شرط المواجهة باعتباره جزءاً من

(١) انظر في ذلك ص ٦٠٢ من مؤلف الأستاذ الدكتور/ عوض محمد عوض في المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية- طبعة ١٩٩٩- دار المطبوعات الجامعية.

(٢) ومن قبيل النزول عن حق المواجهة أن تقرأ النيابة- بموافقة المتهم أقوالاً أدلى بها شاهد غائب في إجراءات سابقة على المحاكمة، أو أن تقرأ النيابة- بموافقة المتهم - بياناً بالشهادة التي وقع عليها للشاهد والتي كان ليُدلى بها لو كان حاضراً. ويحظر كذلك نزولاً عن الحق في مواجهة الشهود الذين أقوالاً بشهادتهم في غيبة المتهم، أن يختار المتهم بإرادته عدم الحضور أثناء محاكمته. وهو يتنلى كذلك عن هذا الحق إذا لم يطلب في وقت ملائم مترجماً لترجمة أقوال شاهد لا يفهمها.

(٣) Kirby v. United States, 174 U.S. 47 (1899); Pointer v. Texas, 380, U.S. 400 (1965).

مكوناتها، وثيق الصلة بالحق في الدفاع، ويلحق في محاكمة منصفة يتوافر لكل متهمة خلالها، الحق في سماع أقواله. ومن ثم ينحصر إعمال شرط المواجهة في النظم العقابية دون غيرها. فلا يكون للعاملين المدنيين في الدولة حق تطبيقه في مواجهة رؤسائهم الذين فصلوهم من وظائفهم، وإن قال آخرون بأن هذا الشرط لازم، ولو كان الإجراء إدارياً، كرفض قيد محام في الجدول أو إسقاط عضويته في لل نقابة بعد ثبوتها^(١).

٨٦١- كذلك تبطل كل شهادة حجبها المحكمة عن للدفاع. ذلك أن إخفاءها يجعل بها، فلا تتاح فرص مواجهتها لبيان وجه الحق فيها. يؤيد ذلك أن شرط المواجهة موداه ألا تدأر المحاكمة الجنائية بطريق الخداع. ومن صوره إخفاء النيابة لأدلة الجريمة التي بيدها عن متهمها، أو إخفاء المتهم عنها للأدلة التي يحوزها وتنفيها. ذلك أن حق كل من الدفاع والنيابة في الاطلاع عليها، حق أصيل. ويفترض هذا الحق أن يتبدلا كشفها إلى أقصى حد مستطاع صلا؛ علي تقدير أن قبض أحدهما في يده علي أدلة الجريمة وإخفائها عن الآخر، موداه أن بفاجأ بها أثناء المحاكمة بما يعجزه عن أن يوفر وقتاً كافياً لبناء دعواه.

ويظهر ذلك على الأخص من التواحي الآتية:

أولاً: أن المتهمين بالجريمة قد يشهدون بأنفسهم، أو يأتون بشهود لنفيها، بقصد تقليل مخاطر إدانتهم. فإذا قرروا إحضار الشهود الذين ينفونها، تعين عليهم إخطار النيابة بأسمائهم حتي تعد معلوماتها عنهم، وعن ماضيتهم في الجريمة إن كانوا قد ولغوا فيها، ولتواجههم بنفسها لتجريح أقوالهم ونفي مصداقيتها. ولا يعتبر ذلك حملاً للمتهمين علي الشهادة ضد أنفسهم بما يدينهم.

وقد تكون الأدلة التي بيد النيابة، والتي جمعتها قبل محاكمتهم، متكاملة قوية دعائهم. فلا يكون أمام المتهمين من خيار إلا التكتيل علي غيابهم عن مسرح الجريمة لوجودهم مع آخرين في مكان آخر وقت الجريمة، أو تقديم شهود ينفون الجريمة عنهم، ولو كان لجوءهم لهؤلاء الشهود قد أفضي إلي كارثة حقيقية بعد أن تطرق للخلل إلي شهادتهم.

فإذا ما اختار المتهمون الازكون إلي حجة غيابهم عن مسرح للجريمة وقت ارتكابها، كان عليهم إخبار النيابة بأسماء هؤلاء الآخرين الذين كانوا معهم، حتى تناقشهم النيابة وتحتض أقوالهم The notice of alibi.

(١) United States v. Hicks (1930, CA9 Ca 1) 37 F 2d 289, 292.

ثانياً: لا يجوز للنيابة أن تتخلص مما بيدها من الأدلة التي يفيد المتهم منها، بالنظر إلى صلتها ببراءة المتهم من الجريمة التي اتهم بارتكابها Exculpatory evidence.

ذلك أن العدالة الجنائية لا يجوز هدمها من خلال إخفاء القرائن أو الأدلة الظرفية الدافية للجريمة. وليس واجباً على النيابة في هذا المقام، أن تقدم للمتهم ملفاً كاملاً بالقضية؛ وإنما يكفيها أن تمدد بالأدلة التي يفيد منها، والتي يضر لإجهاضها بحقه في محاكمة منصفة.

ومن ذلك إخفاء النيابة أدلة عن المتهم إذا كان من شأنها للتكليل على أن شهود النيابة لهم مصلحة في إدافته. ذلك أن الشهادة الكاذبة تؤثر بالضرورة في نتيجة الحكم، وتناقض كذلك شرط الوسائل القانونية السليمة، ولا يمكن الاعتماد عليها، أو الاطمئنان لها، بالنظر إلى أثرها في توجيه المحكمة وتكوين عقينتها إذا ظل كذبها خافياً عليها، خاصة إذا كان شهود النيابة ما كانوا ليشهدوا لصالحها لولا عرضها عليهم، أن تقلتهم من جريمة دخلوا فيها، أو أن تتهمهم بجريمة عقوبتها أقل من تلك التي ارتكبوها.

يؤيد هذا النظر أن المحاكمة الجنائية لا تتوخي أكثر من إطلاق سراح الأبرياء، وتقرير مسؤولية الجناة عن جرائمهم. وكلما وجد بيد النيابة دليل لمصلحة المتهم، فإن كشفها عن هذا الدليل سلفاً، يحجل الطريق إلى إظهار الحقيقة، أو على الأقل قد يثير شكوكاً لها وجاهاً حول مسؤولية المتهم عن الجريمة التي اتهم بها.

ثالثاً: أن مواجهة الشهود إجراء يحكم إلى العقل ومنطق الأمور، وما يتوخاه هو معرفة قدر الصدق في شهادتهم، حتى لا يؤخذ بالشهادة التي قام الدليل على كذبها^(١).

٨٦٢- ومن ثم كان لكل منهم، حق في مواجهة شهود الاتهام، كي يناقشهم في أقوالهم ويقدم الدليل على اضطرابها، أو تناقضها، أو تحاملها، أو وهنها. وله أن يعارضها على الأخس بقرائن يقدمها، وبأوراق تكذبها، وأن يرددها بخير ذلك من الوسائل التي تستطعها، كالتكليل على زيفها ومجافاتها للحقيقة، سواء في كافة تفصيلاتها، أو في بعض أجزائها.

ولا يقصد بمواجهة الدفاع للشهود غير استجوابه لهم، ليبان وجه الحق في أقوالهم، بشرط ألا تكون الأسئلة التي يوجهها للدفاع لهم، مكررة أو لا صلة لها بالجريمة، أو منطوية على التحرش بهم.

(١) Barber v. Page, 390 U.S. 719 (1968); Smith v. Illinois, 390 U.S. 129 (1968); Alfred v. United States, 282 U.S. 687 (1931); In re Oliver, 333 U.S. 257 (1948).

ولا كذلك. تعمق أقوالهم ليس فقط لإظهار قدرتهم على الفهم العام، وإمكان استيعابهم ما يدور من حولهم؛ ولكن كذلك أيضاً من مصداقيتهم، كالتدليل على سبق إدانتهم بجريمة الشهادة الزور. ولا يجوز بالتالي التعويل على شهادة شهود النيابة أمام الدفاع إذا حام البطلان حولها بالنظر إلى ما يحيط بها من ظنون يعتبرها أوساط الناس شكاً معقولاً في صحتها. ومن ذلك أن يكون باعثهم إلى الشهادة التي أدلوا بها، وعود عرضتها النيابة عليهم، أو أحقاد قديمة، أو ضغائن جديدة ضد المتهم، أو قدم المدة بين وقوع الجريمة والشهادة بأحداثها.

بل إن بواعثهم هذه كثيراً ما تنير الطريق إلى صدق أقوالهم أو كذبها. وكشفها يتصل بشرط المواجهة^(١)؛ وعلى الأخص إذا حملتهم بواعثهم -المخالفة للقانون- والتي يندرج التحامل على المتهم تحتها- على تشخيصه في طابور العرض كفاعل للجريمة أو كشريك فيها، ثم الشهادة بعد ذلك أمام المحكمة بدوره في الجريمة.

ولا يجوز القول بأن تعمق الدفاع لبواعثهم تلك ومحاولة فضحها، مما يضر بحق الشاكك في كتمانها، خاصة إذا كان حثاً. ذلك أن كشفها يقوض قضية النيابة، ويثير شكوكاً خطيرة في شأن مصداقية التهمة وصحة الدليل عليها.

رابعاً: على أن شرط المواجهة لا يتصور في الشهادة السماعية التي ينقل فيها شخص عن آخر ما سمعه منه لحظة احتضاره، أو ما أقر به بالمخالفة لمصلحته الشخصية. ذلك أن الشهادة السماعية في هاتين الصورتين تبدو موثوقاً فيها. ويجوز الاعتماد عليها^(٢).

خامساً: كذلك فلن حق المتهم في أن يظل صامتاً، وألا يشهد بأقوال لا يريد الإدلاء بها، يعتبر حقاً دستورياً أصيلاً، ولو كانت ولقعة الجريمة ومرتكبها، لم تتصل بعلم أحد غيره، ولا دليل على جنائها إلا الشهادة التي حرص على كتمانها. فلن لم يشهد بما رآه، فلن اعتباره منبأ بناء على هذا الامتناع، لا يجوز في غير النظم التتقبيبة التي هجرتها الدول الديمقراطية، ويتمحض كذلك عقاباً على مباشرة المتهم لأحد الحقوق التي منحها الدستور إياه، وتكلفة فاحشة الثمن على تمسكه بامتناعه عن الشهادة ضد نفسه.

ولا يتصور في هذا الغرض كذلك إعمال شرط المواجهة، إذ يستحيل عقلاً أن نفند النيابة أقوالاً لم يدل المتهم بها^(٣).

(١) Green v. McElroy, 360 U.S. 474 (1959).

(٢) Chambers v. Mississippi, 410 U.S. 284 (1973).

(٣) Griffin v. California, 380 U.S. 609 (1965).

مبدأياً؛ وفضلاً عما تقدم، فإن حق الشخص في ألا يحرم من حريته بغير الوسائل القانونية السليمة، يفترض ضمان حقه في سماع أقواله^(١). وأن يكون كذلك قادراً على استخدام الوسائل الجبرية التي يملكها وفقاً للمستور لاستدعاء شهوده الذين يقرر نطاق شهادتهم بالجريمة وإنتاجها في نهايتها. ولا يكتمل حق المتهم في استعمال هذه الوسائل الجبرية، ما لم يكن من حقه أيضاً أن يظهر بنفسه على منصة للشهود لينفي بأقواله الجريمة التي تتهمه النيابة بها.

وهو يدلي دائماً بشهادته إذا قدر أنها في مصلحته، وأنها تعينه علىحضن التهمة وتقويض عناصرها. بل إن للشهادة التي يدلي بها تعتبر في كثير من الأحوال أكثر أهمية من غيرها من وسائل الدفاع التي ترد الاتهام على أعقابها^(٢).

وللنيابة أن تواجه هذه الشهادة من خلال أسئلتها التي ترحبها، وتلقي مصداقيتها، وفق الأسس ذاتها التي يركن إليها المتهم تشكيكاً في مصداقية شهود النيابة. ذلك أن المواجهة في هذين الفرضين هدفها ألا يؤخذ بشهادة تحمل في ثناياها دلائل وهنها. بل إن حق المتهم في الدفاع بالأصالة عن نفسه، وأن يقدم -كلماته- رويته الخاصة لواقعة الجريمة وظروفها، أكثر أهمية من الدفاع عنه بطريق الوكالة.

وكلما قرر المتهم أن يشهد بنفسه لنفي الاتهام، كان ذلك هو الوجه المقابل لاختياره عدم الإدلاء بشهادة قد يدان بسببها، بما مؤده أن لكل متهم الحق في أن يظل صامتاً، أو أن يختار الدفاع أصالة عن نفسه بمحض إرادته الحرة.

فإذا ما اختار الشهادة، قام حق النيابة في مولجتها ولو كان قد أدلى بالشهادة بعد تنويمه مغناطيسياً بقصد إضعاف ذلكرته عن الجريمة واستنهاض وقائعها الغائرة في ظلمة العقل، وإن جاز فرض قيود منطقية على عملية التنويم هذه، كأن يشترط إجراؤها عن طريق أهل الخبرة الذين لا صلة لهم بالتحقيق، ولا مصلحة لهم فيه، حتى يتم بصورة مجردة لا انحياز فيها ولا إحياء. وهو ما يقتضي أن يقوم الخبير بدوره في مكن لا يحضره غيره هو والشاهد.

كذلك فإن تسجيل المنوم لكل قول أدلى به الشاهد، مؤده ضرورة معرفة الأسئلة التي وجهها له.

(١) Rock v. Arkansas, 483 U.S. 44 (1987).

(٢) يفترض في شهادة الشريك على القاتل الأصلي للجريمة، أنها غير موثوقة بها.
Presumptively unreliable.

ولضمان مصداقية هذه الشهادة، فإن الأقوال التي يدلي للشاهد بها أثناء التتويم، تجوز مقابلتها بغيرها من الأدلة، وإظهار أوجه التناقض فيها من خلال الأسئلة التي توجه إليه في إطار شرط المواجهة.

وبالتالي يعتبر مخالفاً للدستور، إطلاق القول بأن كل أقوال يدلي شخص بها من خلال عملية تتويم يجريها خبير بها ويوساثلها، لا يجوز الأخذ بها، أو للتحويل عليها في وصفها للجريمة وما اتصل بأوضاع ارتكابها؛ وإنما هي شهادة يجوز الاعتماد عليها، ولو بقدر كبير من التحوط في شأن دلالتها.

سابعاً: أن افتراض البراءة -ولو لم يرد به نص في الدستور- من الحقوق الجوهرية التي لا تقوم بدونها أية محاكمة منصفة. وإذا كان الأصل المقرر قانوناً هو أن تبرهن النيابة بنفسها على أن التهمة التي نسبتهإلى المتهم لها معنيها من الأوراق، فقد تعين أن تصفو أذهان القضاة والمحلفين من كل تأثير لا يتصل بأدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم. فهذه الأدلة وحدها -بما في ذلك أقوال الشهود- هي التي يجوز مجابتهها والنظر فيها، وهي التي يتحدد علي ضوءها مصير الاتهام، ولا شأن لسواها بالتهمة من جهة إثباتها أو نفيها. فلا القبض على المتهم ولا احتجازه قبل المحاكمة مدداً متصلة، ولا تحديد شخصيته من خلال طابور عرض، بمنجز في مجال التلكيل على التهمة وجوباً أو سلباً. وإنما هي الأدلة وحدها التي ينبغي النظر فيها وبناء الحكم عليها؛ لتكون مناقشتها والتكليل علي وهما، أو النقاء صلتها بالجريمة أو عدم افتجاجها في إثباتها، حقاً لكل متهم لا يجوز إهداره^(١).

ويعتبر رفض المحكمة تنبيه هيئة المحلفين إلى دلالة أصل البراءة ومغزاه، مخالفاً لقواعد المحاكمة المنصفة التي يتطلبها الدستور.

ثامناً: ولا يقال من حق المتهم في الاعتماد على الأدلة وحدها للتكليل على الجريمة التي اتهم بها، تعليق النيابة على هذه الجريمة ووصفها لها بالفحش أو بمنافاة القيم الإنسانية، إذا لم يكن لهذا التعليق أثر على تكوين عقيدة ما في شأن الاتهام، وكان القضاة قد نبهوا هيئة المحلفين أكثر من مرة إلى أن مهمتها تقتصر في تقييم أدلة الجريمة التي يناقشونها بعد طرحها عليهم، وأن أقوال النيابة أو تعليقاتها على الجريمة، لا تعد دليلاً على أن المتهم قد ارتكبها^(٢). خاصة وأن أقوال المتهم الختامية، هي التي تواجه كل تعليق للنسبة على الجريمة، وتندد لألتها.

(١) Taylor v. Kentucky, 436 U.S. 478 (1978).

(٢) Darden v. Wainwright, 477 U.S. 168 (1986).

تأسساً: أن اللجوء الوسائل الجبرية لحمل الشهود عند الضرورة على الظهور أمام المحكمة، يكفل لكل من النيابة والمتهم، عرض رؤيتهما في شأن الجريمة ومركبها، ليقدر القضاة أو هيئة المحلفين وجه الحق في أقوال شهودها. أو شهود المتهم. وكما أن للمتهم حق مواجهة الشهود الذين تعرض النيابة من خلالها وجهة نظرها في شأن الجريمة ودوافعها وجناتها، فإن للنّيباية أن تقدم شهودها هي لبناء قضيتها. ويرتبط هذا الحق في هاتين الصورتين بالوسائل القانونية السلمية^(١).

عاشراً: ويفترض حق المتهم في مواجهة الشهود الذين يشهدون ضده، أن يكون ماثلاً بشخصه أثناء الفصل في الاتهام، ما لم تأمر المحكمة بطرده من قاعتها إذا أخل بنظام جلساتها بالنظر إلى ما يثيره من لغط وجلبه أو علي ضوء اللغة الجارحة التي يتحدث بها. ذلك أن الإدارة السليمة للعدالة اللجانبة تتقدم حضوره، فلا يعود إلى قاعتها إلا إذا استقام سلوكا^(٢).

حادي عشر: ويتوخي حق المتهم في مواجهة شهود النيابة ليس فقط توجيه أسئلة إليهم لبيان وجه الحق في شهادتهم، وإنما كذلك إيقاظ ضمائرهم وجعلهم علي مواجهة القضاة وهيئة المحلفين حتي يرونهم بأعينهم، ويرقبون أفعالهم وتصرفاتهم، وهم علي منصة الشهادة، ويحكمون من ثم علي شهادتهم بالصدق أو بالبهتان.

ولا يجوز بالتالي أن يدان متهم بناء علي شهادة أُلني بها شخص في قضية سابقة لا صلة للمتهم بها^(٣)؛ ولا أن تقدم النيابة -كدليل ضد المتهم- أقوالا أُلني بها خارج المحكمة، ولا في مرحلة أولية من مراحل التحقيق معه، ولا تسجيلا صوتيا بأقواله. ذلك أن مواجهة المتهم لشهود النيابة في المحكمة ذاتها، وأمام قضائتها، يعتبر حقا دستوريا لا يجوز التفريط فيه. لا استثناء من هذه القاعدة إلا في الأحوال التي تحمل فيها الشهادة التي لم يواجهها المتهم، دليل صدقها، كالشهادة التي يبلي للمحتضرون بها Dying declaration، أو التي تدينهم بالنظر إلى مضمونها. إذ لا مصلحة لهم في هاتين الحالتين في الالتواء بالحقيقة أو تحريفها.

(١) Washington v. Texas, 388 U.S. 14 at 19, (1967).

(٢) Illinois v. Allen, 397 U.S. 337 (1970).

(٣) لأن كانت المواجهة لا تتحقق في شهادة نقل محتواها عن محاضر محكمة سابقة، إلا أن ثمة اتجاه يجوز التحويل عليها إذا تضرر الاعتداء لموطن أصحابها، أو قام الدليل علي وفاتهم، أو أصابتهم بمرض أُلنهم عن الحركة. كذلك تقرر بعض التشريعات جواز الاعتقاد علي البيانات التي يدونها التجار في دفاترهم في لطاق معاملاتهم التجارية مع بعضهم البعض.

David Fillman, The defendant's rights today, 1976, p.95.

ومن ثم كان الأصل هو أن يواجه المتهم شهود النيابة، حتى ينفي عن شهادتهم مصداقيتها. ويفترض ذلك أن يكون هؤلاء الشهود مثلثين أمام المحكمة يشهدون بما أدرکوه بحواسهم، ما لم يكن المتهم قد نزل لاختياراً عن الحق في المواجهة، أو فرط إهمالاً في إجرائها.

ثاني عشر: أن تقرير حق المتهم في مواجهة الشهود الذين تأتي بهم النيابة ليس إلا تعبيراً عن قواعد القانون العام التي تركت جنورها إلى عام (١٦٠٠).

وليس للنيابة بالتالي أن تقدم أحد الشهود إلى المحكمة، وأن ترفض في ذات الوقت مواجهته بالسئلة التي يطرحها عليه المتهم. ولا يجوز كذلك أن يكون الحكم الصادر بإدانة شخص معين في جريمة سرقة أشياء تملكها الدولة، دالاً بصفة قطعية على أن من تلقاها بعد سرقتها، كان يعلم باختلاسها.

ذلك أن حق المتهم في مواجهة كل واقعة يجوز أن تتخذ دليلاً ضده، يفترض بالضرورة ألا تكون هذه الواقعة ذاتها قد أثبتت اتهام سابق لم يكن المتهم طرفاً فيه، ولم يخلو حق حضنها والتكليل على عكسها، ولم تعرض في حضوره ليناقضها ويدفعها.

ثالث عشر: وليس للمتهم أن يدعي على المحكمة إكثارها لحقه في مواجهة الشهود، إذا كان هو قد أفتهم بعدم الظهور أمامها. وليس للنيابة ولا لمسلطة حكومية حق في إخفاء أسماء شهودها قولا منها بأنهم هم الذين أرشدوا سرا عن الجريمة، أو بأن معلوماتهم عنها لا يجوز كشفها بالنظر إلى صلتها الوثيقة بالأمن العام. إذ يتعين على الدولة أن تفاضل بين تقديم أدلتها إلى المحكمة أو إسقاط التهمة عن المتهم.

وتصدق هذه القاعدة ذاتها على التقارير التي تعدها أجهزة الشرطة عن نشاط غير مشروع، على ضوء الشهادة التي ألقى بها أمامها، أشخاص لهم صلة بهذا النشاط. إذ لا يجوز أن تنتشر هذه الأجهزة وراء سرية هذه التقارير لحجبها عن المتهم حتى لا يناقضها، وعلى الأخص كلما كان لبعض أجزائها صلة بالجريمة المدعى بها. وإما يتعين كشفها للمتهم حتى لا يحرم من الحق في تجريدها. وهو حق هام يتعين ضمانه بكل الوسائل. بل هو من الحقوق الجوهرية التي لا يقتصر تطبيقها في الدول للفيدرالية على الحكومة المركزية، وإنما تنطبق به ولاياتها كذلك بالنظر إلى قيمة هذا الحق في تحقيق موازين العدالة التي تختل بالضرورة إذا قام حكم الإدانة على أقوال لم يواجهها المتهم، سواء كانت زائفة في حقيقتها، أم كانت أقوالاً ألقى بها أحد شركائه، ولم يواجهها للطنن في مصداقيتها.

رابع عشر: وكما غاب الشاهد أثناء المحاكمة، فإن الأخذ بشهادته في مرحلة التحقيق الابتدائي في الجريمة لا يجوز، ما لم تبذل الحكومة كل جهد صادق لتأمين حضوره ثم خاب مسعاها.

وتعتبر كل ملاحظة يديها أحد الشهود لهيئة المظنين خارج قاعة المحكمة في شأن المتهم أو الجريمة المطروحة عليهم، عديمة الأثر ولا يجوز الاعتماد عليها^(١).

خامس عشر: أن مقابلة المتهم لشهود النيابة وجها لوجه *Face to face confrontation* ليس مطلوباً في ضحايا الجرائم الجنسية، الذين لا يستطيعون أن يشهدوا ما أصابهم من عدوان إذا كان المتهم به مائلاً أمامهم يروعه مجرد وجوده قبلهم. وهو ما دعا إلى ابتداع وسائل فنية - كالدوائر التلفزيونية المغلقة *Closed circuit television* - التي ينل ضحايا هذه الجرائم من خلالها بشهادتهم بعد عزلهم عن المتهمين بارتكابها، ودون إخلال بحق هؤلاء في مواجهة الشهادة التي ينلون بها للتكليف على كذبها. ويبلش المتهمون هذا الحق عن طريق الأسئلة التي يتلقونها من موكبيهم ويطرحونها على هؤلاء الضحايا للتشكيك في صدق شهادتهم^(٢).

(١) - لا أن الحاجب المطلوب به خدمة هيئة المحلفين أثناء انعقاد جلساتهم، أخبرهم بأن المتهم رجل شرير وفاسد ولا يجوز التردد في إدلائته، وأن خطأهم في قرار الإدانة يجوز تصحيحه أمام محكمة الاستئناف،

فإن قرار الإدانة الصادر عنهم بعد ذلك، يشتر بطلان.

(٢) *Kentucky v. Stincer*, 482. U.S. 730 (1987); *Maryland v. Graig*, 497 U.S. 836 (1990).

المبحث السابعتشخيص الاتهامSpecifity of accusation

٨٦٣- يعتبر إخطار المتهم بالتهمة الموجهة إليه، ولقها في نطاق الحد الأدنى من الحقوق التي يملكها المتهم في مواجهة سلطة الاتهام، وأحد الفرائض التي تتطلبها المحاكمة المنصفة بشرط أن يكون هذا الإخطار قاطعا بطبيعة التهمة، وبادلتها، وأن يصاغ في عبارة واضحة لا غموض فيها، وبلغة يفهمها أهلها.

ذلك أن المحاكمة جهد يبذل بين فرقاء من أجل تحقيق المسائل المتنازع عليها، وتقرير الحقيقة القضائية بشأنها في إطار من المنطق وحكم القانون. ويفترض ذلك أن يكون الاتهام واردا على وجه التخصيص، وأن يصاغ في عبارة مركزة، وأن يكون مدونا مشتتلا على كل واقعة تقوم بها الجريمة.

وغموض الاتهام مؤداه أن يجهل المتهم أبعاده، وألا يخطر بصورة ملثمة بمحتواه، فلا يكون كافيا لتحديد الجريمة والمسئولين عنها.

ويعتبر الاتهام موافقا لشرط الوسائل القانونية للمليمة إذا أحاط بعناصر الجريمة، ولو كان بالإمكان أن يصاغ بطريقة أفضل. ذلك أن مواجهة المتهم للتهمة، يفترض أن يحيط علما بها، وأن يفهمها بكافة أبعادها، وأن يد ما يراه من أوجه الدفاع اللازمة لنفيها.

وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يفترض علمه بها، بل يكون هذا العلم يقينيا، وأن يصاغ بلغة يستوعبها أهلها دون إغراق في المفاهيم القانونية العسرة أو مصطلحاتها المعقدة، وبما يجرد الجريمة المدعى بها من العناصر الزائدة عليها، أو التي لا قيمة لها، أو المنطوية على التعميم، كالقول بأن المتهم ناصر خطأ^(١) لنيولوجيا مقبلة، أو عقد العزم على الإجراء ينبغيها عوجا، أو عمل على هدم القيم العليا التي آمن المواطنون بها. إذ ليس في مثل هذا القول إخطار بجريمة بذاتها ارتكبتها، ولا هو إعلان عن سببها بلغة يفهمها أوساط الناس^(٢).

ولا يفترض بالتالي التطبيق بين المعاني التي أوردتها صحيفة الاتهام، وبذلك التي يفهمها المتهم والمحلفون منها، إذا غمض أمرها وشق مضمونها عليهم.

وإنما يكون لكل متهم، ولكل واحد من المحلفين، تصويره الخاص في فهمها. فلا تكون حقيقة الاتهام مقطوعا، وإنما يتخبط أوساط الناس في معناه، ولا يقفون بالتالي على مقاصده.

(١) يصعب تحديد سبب الاتهام، من محكمة المتهم مرة ثانية عن الجريمة ذاتها.

ولا يفيد ما تقدم، أن لكل تهمة قولليها التي يتعين صحتها فيها، وإنما الأكدق أن يقال بأن لكل جريمة أركانها، وأن الاتهام بالجريمة يقتضي بيان مكوناتها، ووجه نسبتها إلى المتهم. ذلك أن إلقاء شخص في السجن بغير حكم قضائي، لا يقل سوءا علي حكم بإدائته بناء علي تهمة شابها الغموض، أو بناء علي تهمة خلا منها قرار الاتهام.

المبحث الثامن

الحق في إبطال الإقرار بالجريمة

٨٦٤- يبطل كل إقرار بالجريمة ينتزع قسراً، أو بالخداع، أو بالإغواء. ذلك أن الإقرار في هذه الصور جميعها لا يعتبر إرادياً^(١).

وليس ثمة قاعدة جامدة تحدد الأحوال التي يبطل فيها الإقرار بالجريمة. وإنما يتعين أن ينظر في تقدير صحة هذا الإقرار أو بطلانه، إلى كل حالة علي حدة، فلا يكون صحيحاً إلا إذا تحرر من عوامل القهر جميعها، والتي يرتبط منطاً تحققها أو تخلفها، بنوع ونطاق الضغوط التي تعرض لها من أقر بالجريمة، وما إذا كان قد قاومها أو لتسحق بأثرها.

ذلك أن الأصل في الإرادة، هو تحريرها من القيود غير المبررة. ولا يجوز بالتالي تحريرها أو حملها علي غير وجهتها، أو للتأثير فيها بما يخرجها عن مقاصدها، ولا تحريفها عن طريق إكراه ينال منها بما يقوض الحالة النفسية التي كان المقر عليها وقت إقراره. فالإقرار في هذه الصور جميعها -ولو لم يكن نتيجة تعذيب- لا يعد تعبيراً حراً عن إرادة واعية تترك حقيقة اتجاهها. وإنما هي إرادة دخلها التواء يبطلها^(٢).

ويبطل بالتالي كل إقرار بالجريمة ينجم عن إغواء أو إغراء أو تهديد للشخص في عرضه أو ماله، أو ترويعه بأس السلطة وقدرتها علي البطش به فلا يكون هذا الإقرار تعبيراً عن إرادة حرة لها سلطانها التي يكون بها المقر مدركاً حقيقة هذا الإقرار ومضمونه وأثره، شأن الإقرار بالجريمة شأن غيره من أدلتها التي لا يجوز قبولها إلا وفق الوسائل القانونية السليمة.

٨٦٥- ولئن كان الأصل في رجال الشرطة وغيرهم من اللقائمين علي تنفيذ القانون، أن تكون أعمالهم ولقعة في إطاره، وكان حصولهم علي إقرار بالجريمة من أشخاص لا شأن لهم بها، مؤداة أن يظل جناتها الحقيقتيون بعيدين عن يد القانون^(٣)، وكان لا يجوز لللقائمين علي تنفيذ القانون أن تدفعهم رغبتهم في مطاردة الجناة، إلي الإخلال بحقوق الأبرياء، ولا إهدأر كرامتهم وحقوقهم في الحرية، عن طريق إقتراع إقرار منهم يدينهم بجريمة لا صلة لهم بها؛

(١) Developments in the law- confessions, 79 Harv. L. Rev. 935, 954- 59 (1966).

(٢) Chambers. V. Florida, 309 U.S. 227 (1940).

وقد قضى في هذه القضية بأن خمسة أيام من الأمثلة المتصلة التلاوي لقبض بغير إذن والمقترن باحتجاز تعزل فيه الشخص عن آخرين، تبطل إقراره.

(٣) Spano v. New York, 360 U.S. 315 (1959).

وكان من المقرر قلونا أن القواعد المعاصرة لتطور العدالة الجنائية وإدارتها، يؤذيها إيقاع المتهمين في ضغوط نفسية أو بدنية تتهازل بها إرادتهم، فلا يملكونها؛ وكان علي التنبية بوصفها سلطة الاتهام أن تقيم بنفسها، وبما هو مشروع من الوسائل، الدليل علي وقوع الجريمة ونسبتها إلي من تتهمهم بارتكابها، فقد تعين أن يكون موقفها من الجريمة محايداً، وأن يكون الدليل عليها قائماً علي مصادر لها معيّنات من الأوراق، وواقعاً في إطار حكم الدستور والقانون. فإذا نجم هذا الإقرار عن إكراه، بطل بكل آثاره، ولو كان مطابقاً للحقيقة في كل أجزائها.

٨٦٦- وإذا كان هو تساند أدلة الجريمة فيما بينها وتضالفر حلقاتها ليشد بعضها أثر بعض أصلاً في المواد الجنائية، فقد تعين نقض حكم الإدانة إذا تطرق الظل لأحد الأدلة التي قام عليها قضاء الحكم، ولو كانت الأدلة الباقية بعد استبعاد الدليل الباطل، كافية في مجموعها لحمل هذا الحكم.

The credit and weight of the voided evidence.

٨٦٧- ويتخذ إكراه المتهمين على الإقرار بالجريمة، صوراً شتى يدرج تحتها تعذيبهم؛ أو ضربهم أو تطبيقهم من أرجلهم؛ أو إغراقهم بالمياه؛ أو تهديدهم بما يخشونه في أنفسهم أو أموالهم، أو تريض ذويهم لمخاطر لها بأسماء؛ أو إرهابهم بضغوط عقلية Mental أو نفسية لا قبل لهم بتحملها^(١)؛ أو تخييرهم؛ أو حثهم بأصنام تحفل بإرادتهم، أو تصور لهم الأمور على غير حقيقتها؛ أو إسكارهم بقصد للتأثير على وعيهم Drug-induced statements، أو بعزلهم نهائياً عن الاتصال بأسنقائهم أو بمحاميين يخفون لتجنبتهم، أو ترويعهم؛ أو استجوابهم مدداً طويلة، وبصورة متلاحقة^(٢) Prolonged Interrogation.

كذلك يبطل الإقرار بالجريمة إذا صدر عن مختل عقلياً؛ أو عن شخص غير متوازن عاطفياً؛ أو عن ناقص للأهلية لا يقدر للأمور عواقبها؛ أو بعد مواجهة للمقر بأدلة تم التحصل عليها بطريق غير مشروع.

(١) ومن بين الضغوط العقلية -رهي أحياناً أموا أقرأ من الإيذاء البدني- أن يودع المشتبه فيه أو المتهم في زنزانة مع جثة المجرى عليه.

كذلك فإن الشخص الذي يعزل عن كل دعم من أصدقائه وأقربائه فلا يحظى بمساندتهم الأديبه، ويتعرض لأسئلة مطولة، ويجهل حقوقه، يقع تحت ضغوط نفسيه لا تقل سوءاً عن التخييب البدني

Blackburn v. Alabama, 361 U.S. 199 (1966).

(٢) Askcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143 (1944); See also, Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942).

٨٦٨- وليس ثمة معيار عام تتحدد على ضوءه أحوال بطلان الإقرار بالجريمة، وإن تعين أن يؤخذ في هذا الشأن بكافة العناصر التي تلاعب الإقرار وتحدد ظروفه. وبوجه عام يبطل الإقرار إذا صدر عن أشخاص بفعل ضغط مارسها السلطة قبليهم؛ أو كأثر لطغيان قوتها عليهم؛ أو بعد تقريبها منهم واستمالتهم إليها، ولتظاهر بتعاطفها معهم.

ويتعين به دوماً أن توازن الضغوط التي تعرض المقر لها، بقدرة المقر على تحملها للنظر في صحة أو بطلان إقراره^(١). ويدخل دائماً في تقدير الإكراه، من المكروه ودرجة ذكائه، وإن جاز القول بأن مجموع الظروف التي تحيط بالإقرار The totality of circumstances، هي التي تحدد أوجه بطلانه أو صحته^(٢). ويدخل في هذه الظروف، القبض غير المشروع على المقر والحبس المنعزل وحرمات المقر من الاتصال بمحام، ومنعه من الاتصال بأصدقائه، واستعمال طرق احتيالية للتصصيل على الإقرار.

٨٦٩- على أن الإقرار بالجريمة وإن لانتزع عنة وبطل بالتالي، إلا أن إقراراً لاحقاً بارتكابها تجرد من الضغوط على اختلافاً، قد يؤخذ به باعتباره صادراً عن إرادة حرة لا عوار فيها. ويفترض ذلك أن يكون الإقرار اللاحق نقياً من كل صور القهر التي يحمل بها المقر على ما لا يرضاه.

فإذا تأثر المقر في الإقرار اللاحق، بأجواء الفرع التي عايشها في الإقرار الباطل، بطل هذا الإقرار بدوره. وهو ما يتحقق على الأخص، إذا كان الإقراران الأول والثاني قد تعاقبا خلال فترة زمنية قصيرة يرجح معها القول بأن الإقرار الثاني بالجريمة، ما كان ليصدر لولا أن المقر لا زال يتخيل صور القهر التي تعرض لها لانتزاع إقراره الأول بها، فلا يصفو ذهنه منها، وإنما تطاردته عوامل القهر السابقة بأهوالها ولشبايحها وعمق وطائها، ومخاطر فرضها من جديد.

فلا يكون الإقراران المتتابعان غير نتاج عملية واحدة، بدلتها السلطة بطغيانها لتعطل إرادة المقر، وانتهت بأصداء لشكال القهر التي باشرتها من قبل، وتكافياتها الخطيرة.

(١) ما يكون مؤثراً في شخص ضعيف الإرادة، قد يكون عديم الأثر في مواجهة مجرم محترف إلا أن وجهة النظر هذه يناقضها أنه حتى لو كان الجاني محترفاً، إلا أن الظروف التي بدلى فيها بإقراره والتي تعطل إرادته بصورة غير منصفة The unfair and coercive context هي التي يجب للتعديل عليها.

Hayness v. Washington, 373 U.S. 503 (1963).

(٢) Gallegos v. Colorado, 370 U.S. 49 (1962); E. g. Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719 (1966).

ويتعين بالتالي أن ننظر إلي الإقرارين باعتبار أن ثانيهما ليس إلا اتصالا بأولهما،
ولأنهما نتجا معا عن العوامل المؤثرة ذاتها التي قام عليها بطلان الإقرار الأول بالجريمة.

وهو ما يعني قيام قرينة قضائية موداها أن ذهن المقر بالإقرار الثاني كانت تحتلظ فيه
الضغوط التي أفرزت الإقرار الأول؛ وأن الإقرارين بالتالي واقعين في إطار عوامل القهر
ذاتها وإن كانت مباشرة في أولهما، وغير مباشرة في الإقرار اللاحق.

٨٧٠- وكلما بطل الإقرار بالجريمة لصنوره عنوة أو تحايلا، فإن كافة الأدلة التي
أعان هذا الإقرار علي كشفها، تبطل كذلك.

ولا يجوز بالتالي أن يؤسس عليها حكم بالإدانة، حتى لا يكافأ القائمون بالعمل العام علي
ترديهم في مخالفة القانون من خلال انتزاعهم لإقرار باطل بالجريمة، ثم الحصول بعنذ علي
شاره. ذلك أن للشجرة المحرمة لا تنتج غير ثمار فاسدة لا يجوز أكلها.

والأدلة الباطلة يتعين قمعها، سواء كان بطلانها متأثرا من تأسيسها علي إجراء باطل،
كالتحصل عليها بناء علي إذن باطل بالقبض أو للتفتيش؛ أم كان هذا البطلان قد نجم مباشرة
عن تصيدها بوسائل غير قانونية، كالأدلة التي تم اصطداعها بالتزوير؛ أو بوسائل غير آدمية
تصادم للضمير الجمعي^(١). كضخ مادة طبية في معدة إنسان Stomach Pump للحصول منها
علي أقرص المورفين التي كان قد ابتلعها، حتى لا يقبض عليه متلبسا بإجراما. ذلك أن
النباة -في ظل النظم الإختصاصيه للعدالة الجنائية Accusatorial and not inquisitorial
system- يتعين عليها أن تؤمن دليل الجريمة استقلالا عن كل الضغوط وانفصالا عنها، حتى
يكون الدليل ثمرة جهد مشروع^(٢).

(١) ولا كذلك أخذ عينة من دم شخص بواسطة طبيب حتي يثق القائمون بالتحقيق في حادثة تصادم مثلا علي
ما إذا كان قائد السيارة التي تسببت في الحادث، مضمورا وقت قبضته لها.

(٢) Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964).

المبحث التاسع

صور أخرى للوسائل القانونية السليمة في إطار الاتهام الجنائي

٨٧١- لا يجوز في إطار الاتهام الجنائي، مخالفة شرط الوسائل القانونية السليمة، وعلي الأخص من القواحي الآتية:

* أن يدان المتهم بناء علي قرينة قانونية يفرضها المشرع بصورة تحكمية. ذلك أن الأصل في القرائن القانونية، أنها عملية عقلية منطقية يجريها المشرع كي يستخلص واقعة مجهولة من واقعة معلومة قام الدليل عليها. ويفترض لجواز الاحتجاج بالقرائن القانونية في المجال الجنائي، أن تقوم بين هاتين الواقعتين صلة منطقية تتحدد علي ضوء الخبرة العملية، لا من منظور مجرد.

فإذا لم تكن ثمة صلة بين هاتين الواقعتين، أو كانت صلة واهية، بطل الأخذ بالقرينة القانونية شأنها في ذلك شأن القرينة القضائية التي يتحدد مضمونها علي ضوء المفاهيم الراجحة عملاً، وإن كان المشرع في القرينة القانونية هو الذي يصوغ حكمها، والقاضي في القرينة القضائية هو الذي يستخلصها. لتتمحض القرينة في هاتين الصورتين عن استنباط للواقعة المجهولة من الواقعة المعلومة في إطار من المنطق وحقائق الأشياء التي ترزخ بها الحياة العملية^(١).

* لكل متهم في جنائية حق الظهور بنفسه أمام المحكمة، ليس فقط لمواجهة شهوده، ولا لمجرد التعليق علي أدلة الاتهام ومحاولة نفيها، وإنما أصلاً لبناء خط دفاع يسقط التهمة من أساسها من خلال تعظيم ثغراتها، ولو كان محاميه حاضراً.

* لا يجوز في أية حال أن يعقم المشرع الجنائي قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها Irrefutable presumption، ليفترض بها- بصفة نهائية لا تقبل الجدل - تحقق واقعة لا تقوم الجريمة إلا بها^(٢).

* تتحدد ضوابط المحاكمة المنصفة علي ضوء معطياتها التي أقرتها الأمم المتحدة وبما يوفر التزم التي تقوم عليها الحرية المنظمة، وسائل حمايتها.

(١) Bailey v. Alabama, 219 U.S. 219 (1911); Manley v. Georgia, 279 U.S. 1 (1929); Carella v. California, 491 U.S. 263 (1989).

(٢) Stanely v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972).

- الحكم في الخصومة الجنائية هو نهاية مطلقها، ولا يجوز بالتالي أن يؤسس على أفعال لا يجوز تجريمها، أو على دليل غير جائز للقبول، أو لم يكن كافياً للتكليف على التهمة وفق أركانها التي حددها المشرع.
- لكل متهم -ولو قبل محاكمته- الاتصال بمحاميه وشهوده، وبأوراقه التي يقدر اتصالها بالاتهام، وإنتاجها في نفيه.

الفصل التاسع

ضوابط تفسير النصوص الجنائية

٨٧٢- تؤثر النصوص الجنائية في الحرية الشخصية، وكذلك في حقوق الملكية، وتنازل من الحق في الحياة.

وكل تأويل لها بما يخرجها عن الدائرة التي قصد المشرع إلى حصر تطبيقها في نطاقها، يشوهها ويخرجها عن حقيقة المقاصد التي ابتغاها المشرع منها، ويعطيها غير المعاني التي أقام عليها هذه النصوص.

٨٧٣- ومن ثم كان تفسير النصوص الجنائية، مقتضيا تحريا في حقيقة معانيها، وبيانها جليا للسياسة التي اختطها المشرع في شأنها، وقائما علي ضوابط مطلقة أهمها:

(أ) أن النصوص الجنائية تقوم علي القهر من خلال العقوبة التي تقرر فيها، ولا يجوز تطبيقها بطريق القياس علي أحوال لم تشملها هذه النصوص.

ويتعين بالتالي حصرها في دائرة تطبيقها التي قصدها المشرع، وأن يتم تفسيرها في حدود ضيقة، ما لم يكن من شأن هذا التفسير تقرير حلول تأباها حقائق العزل وترفضها.

ذلك أن سلطة فرض العقوبة الجنائية لا يملكها إلا المشرع، ويبيده وحده أن يؤثم الأفعال التي يقرر خطورتها، وفي الحدود التي يراها، وبما يوفر للمخاطبين بها، إخطارا كافيا بمضمونها يعرفهم بحقيقة الأفعال التي نهام عنها وكذلك بتلك التي طلبها منهم.

ولا يجوز بالتالي تحريفها من خلال فرطتها وتطبيقها علي أحوال لا تسعها، وإلا كان ذلك إحدانا لجرائم لا يعرفها المشرع، أو يقصد إليها، وتقريرها لصور جديدة من الجرائم لم ينص عليها.

(ب) يؤثم المشرع من خلال التجريم سلوكا يراه غير مقبول إذا أثناء الخاضعون لأوامره. وهو يعبر بذلك، ومن خلال عبارته التي يصوغها في سياق معين، عن مظاهر سلوكهم التي يرفضها وتلك التي لا يمتنعها.

ويجب بالتالي أن تعطي كل عبارة تضمناها نص جنائي، دلالتها، فلا تحمل قسرا علي غير المعنى المعتاد لها، أو بما يفصلها عن عبارة أخرى تكامل معها.

ومن ثم لا يجوز تأويل عبارة بما يحور معناها، أو يرهق دلالتها، أو يخرجها عن سياقها، أو يفصلها عن أجزاء تتضامم معها، أوليها بما يجاوز حقيقتها، ما لم يكن المعنى

المعتاد للعبارة في سياقها الواردة فيه، منافيا لمقاصد المشرع منها، إذ يجب عندئذ حملها على الأغراض التي توخاها.

(ج) يتعين أن يعطى للكلمة عينها -يرفض النظر عن موضعها من النصوص الجنائية التي ترددها- تفسيراً واحداً، ما لم يكن للكلمة الواحدة في سياق معين -وعلى ضوء الأعمال التحضيرية- معنى مغايراً لها في سياق آخر، ويشترط أن يؤخذ -ولمصلحة المتهم- بالمعنى المغاير.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا "مضى لورد للمشرع مصطلحاً معيذاً في نص ما لمعني معين، وجب صرفه إلى هذا المعنى في كل نص آخر يردد ذلك المصطلح"^(١).

(د) يتعين أن يتقيد القاضي بعناصر الجريمة في الصورة التي أخرجها المشرع بها، ما لم تكن هذه الجريمة مجرد تردد أو تفتين لنص سابق عليها، وكان هذا النص متضمناً عنصراً إضافياً لهذه الجريمة. إذ يتعين عندئذ أن يؤخذ في تحديد مفهوم تلك الجريمة بعناصرها للقائمة، وكذلك بتلك التي أغفل المشرع بيانها؛ كلما قام الدليل من قرائن الأحوال على أن المشرع لم يقصد إلى إجراء تغيير في نموذجها السابق.

(هـ) إذا كان النص الجنائي غامضاً، نعين على القاضي أن ينظر إلى السياسة التشريعية التي صدر هذا النص على ضوءها، أو التي انطلق منها؛ وأن يأخذ كذلك بمفاهيم القانون العام في مصطلحاتها وتعريفها ومبادئها، وأن يجريها على هذا النص ليزيل خفاء معانيه، ويشترط أن يفسر لمصلحة المتهم كل غموض في مقاصد المشرع يثير شكاً معقولاً حول حقيقتها.

(و) وقوع تغيير كبير في تعبيرين حوامها جزآن مختلفان من قانون واحد، مؤداه أن المشرع قصد أن يعطي هذين التعبيرين معنيين متغايرين.

(ز) جواز تأويل عبارة النص مع وضوحها. ذلك أن العبارة الواضحة لا يجوز تحريفها لأنها تستبعد ما عداها.

(ح) كلما حدد المشرع أحوالاً بعينها استثناءها من مجال سريان نص جنائي، فإن إلحاق غيرها بها، يكون محظوراً.

(١) للتنفيذ رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية "دستورية" -جلسة ١٩٩١/٤/٦ -قاعدة رقم ١/٣٩ -ص ٣٢٥ من الجزء الرابع من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

ط) سريان النصوص الجنائية في أحوال بعينها، لا يلحق غيرها بها، إلا إذا نص المشرع علي تطبيقها في الأحوال التي حددها، وكذلك في غيرها مما يندرج تحتها. ويتعين عندئذ أن تكون المسائل المندرجة في عموم المسائل التي حددها، من ذات طبيعتها، وأن تشملها كذلك مقاصد التجريم التي عاها للمشرع.

ي) لا يجوز تفسير النصوص الجنائية علي نحو ينقل عناصر الجريمة في مجال إثباتها- من النيابة العامة إلي المتهم.

ك) لا يجوز أن يستخلص للقاضي من قراءة النصوص الجنائية، قرائن لا وجود لها فيها، وإنما يتعين لجواز الأخذ بها، أن يكون المشرع قد صرح بها وبمسطها بمفاهيم منطقية.

٨٧٤- وضوابط تفسير النصوص الجنائية هذه، غابتها ألا يتخذ القاضي من التفسير مدخلا لمسغها من خلال مط كلماتها وفرطحتها حتى تتداح إلي غير دائرة الأفعال التي قصد المشرع إلي تأنيها، وبما يناقض مقاصده من التجريم، ويتمحض في النهاية عدونا علي الشرعية الجنائية التي لا يجوز معها فرض جريمة ولا تقرير عقوبة، ليس لها أصل في قانون^(١).

(١) M. Cherif Bassiouni, Substantive Criminal law, 1978, pp. 63- 65.

الفصل العاشر

الوسائل القانونية السلمية في غير نطاق الإتهام الجنائي

٨٧٥- يحتجز المنحرفون عقليا، والمضطربون عاطفيا، والمصابون بالصرع، والشابقون أو الموهوسون جنسيا في أماكن لرعايتهم بقصد احتوائهم والسيطرة على أفعالهم. ويتم حرمانهم من حريتهم وفقا للنظم مدنية لا جنائية تتوفر لهم فيها الحماية التي يكفلها شرط الوسائل القانونية السلمية.

وقد يودعون في هذه الأماكن مددا أطول من تلك التي يقضيها الأسوأ في المسجون جزاء الجرائم ذاتها.

ويتعين بالتالي ألا تعرضهم هذه النظم لمخاطر غموض أحكامها، واتساع معانيها، وتعدد معاييرها واضطرابها، ليطبقها القائمون على تنفيذها بصورة انتقائية، وببد تحكمية تختار بنفسها ما تراه من الضوابط التي تخضعهم لها، بما يعجز السلطة القضائية عن مراقبتهم فيها، بالنظر إلى خلو النظم التي يطبقونها من خاصية اليقين التي تتسبب على كافة أحكامها، وتحدد محتواها.

ويزيد من خطورة هذه النظم، أن دائرة تطبيقها عريضة في اتساعها، لأنها تشمل السيكيوباتيين، والمصابين بوهن في قدراتهم العقلية، والعاجزين عن السيطرة بأنفسهم على أفعالهم، والمضطربين عاطفيا أو جنسيا، والذين اعتراهم عارض يمنعه من حسن تقدير الأمور والنظر في عواقبها، ويوجه عام الذين يرجح على الظن، مخالفتهم لقيم الجماعة واختراقهم تقاليدها لمعارض عقلية أو نفسية.

فهؤلاء جميعا قد يقرر إيداعهم في أماكن ترعاهم وتعيد تأهيلهم ويراقبهم في خطاهم، وتقوم اندفاع نزواتهم.^(١)

ويوجه خاص كلما كان سلوكهم دالا على رجحان انفلاتهم بدنيا أو عصبيا أو جنسيا، وتعديتهم على آخرين، وهم لا يدركون حقيقة أفعالهم.

٨٧٦- ولأن خاصية اليقين شرط في القوانين الجنائية التي يطبقها المشرع على الأسوأ، فإن مريائنا في شأن المعوقين في قدراتهم العقلية والنفسية، لا يقل أهمية، وربما كان أعمق ضرورة.

(١) Jackson v. Indiana, 406 U.S. 715, 723 (1972); Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982).

ويتعين بالتالى تقرير معايير واضحة وصارمة تجزم بالأشخاص الذين لا يستطيعون التحكم فى تصرفاتهم بغير كبحهم فى أماكن تأويلهم، وأن تبين كذلك شروط إيداعهم فيها، وقواعد معاملتهم، وتحديد لوصياء عليهم، لضمان حماية حقوقهم التى كفلها الدستور. وهى حقوق يندرج تحتها حظر إقامتهم جبراً فى هذه الأماكن، بغير سماع أقوالهم، وتولى محام موكل من قبلهم، مهام الدفاع عن حريتهم فى مواجهة خطر تقييدها مدداً طويلة قد تستغرق حياتهم بكاملها.

٨٧٧- ولا يجوز فى أية حال إيداعهم فى مكان ماء، قبل أن تخطرهم الجهة المختصة بعزمها على بدء إجراءاتها فى شأن احتجازهم به أو إطلاق سراحهم، حتى يتحيطوا من احتمال تقييد حريتهم أو تعطيلها إذا صدر الأمر باحتجازهم فيها.

فإذا تم إيواؤهم بها بعد سماع أقوالهم، وتحقيق دفاعهم، ومواجهة كافة الأدلة المؤيدة لتعطيل حريتهم -الفنية منها بوجه خاص- ظل من حقهم وفقاً للمستور، الاتصال بنزويهم وبأصدقائهم وبمحاميهم وبغيرهم، ومخاطبتهم برسائل لا تجوز مراقبتها، وإن جاز حرمانهم من حق الاقتراع، ومن تولى للعمل العام، ومن العضوية فى هيئة المحلفين.

وقارن هذا للتطور فى مفاهيم الوسائل القانونية السليمة التى لا تجيز اعتقال حريتهم دون ما ضرورة تقوم أسبابها من عوارض حقيقية تحيط بهم، ويفقدون بسببها إرادة الفعل أو الامتناع، الإيمان بضرورة اتخاذ التدابير الملزمة التى يتطلبها علاجهم من الأمراض العضوية والنفسية التى يعانون منها -ليس تفضلاً- وإنما كحق متكامل الأركان، يتوخى مواجهة أوضاعهم هذه، بما يصححها، ويرد عنهم -على الأكل- احتمال تدهورها.

وجاز بالتالى للجهة التى تأويلهم -من خلال إشرافها عليهم- أن تكلفهم ببعض الأعمال التى لا تسوء بها أوضاعهم، ولا يصل إرهابها إلى حد الإخلال بالمعايير الإنسانية التى تحفظ أمتيتهم وكرامتهم، والتى لا يجوز تحريفها عن وجهتها، ولو من خلال أجر يقابل هذه الأعمال.

فإذا قام الدليل على أن إيداعهم فى أماكن إيوائهم، كان بغير حق، أو صدر من جهة لا ولاية لها؛ أو اتصل بإجراءاتها خطأ لا يغتفر، فإن الإخراج عنهم يكون واجباً. ذلك أن إيداعهم فى تلك الأماكن، مؤداه احتجازهم بها بالمخالفة للقانون.

فإذا كان هذا الاحتجاز مخالفاً لأكامه، لو كان قد تم أصلاً وفقاً للقانون، ثم طرأ عارض أدى لزوال سنده، كأن استعاد المحتجز قواه العقلية، لم يعد ثمة مسوغ لإبقائهم في تلك الأماكن.

٨٧٨- وإذا كان الإيداع في أماكن الإيواء يتم وفقاً لنظم مدنية، فإن الجرائم التي يقارنها المحتجزون السابقون بعد إطلاق سراحهم، تجزئ احتواءهم من جديد في هذه الأماكن، إذا ظل الخل في قدراتهم عوارضهم العقلية والنفسية متصلاً بهم. فإذا كان قد زال أثناء ارتكابهم الجريمة، كان للدولة أن تعاقبهم جنائياً عنها. ولا يعتبر ذلك عقاباً لهم عن الفعل الواحد أكثر من مرة. ذلك لأن الإيداع الأول تم وفقاً لتنظيم من طبيعة مدنية. ولا كذلك فرض الجزاء الجنائي أكثر من مرة عن الجريمة عينها، إذ يفترض هذا الجزاء توقيمه بالوسائل القضائية وفقاً لنظم جنائية بطبيعتها.

٨٧٩- ويجوز كذلك أن يودع الممنون تعاطي المواد المخدرة Drug Addicts، أو المهددون بخطر الإدمان على تعاطيها، إذا كانوا قد اعتادوا استعمالها، في أماكن تأريهم لعلاجهم من مخاطر الإدمان ولحالاته. ويفقد هؤلاء الأشخاص حريتهم بإيداعهم جبراً عنهم في الأماكن التي تأريهم، وعلى الأخص إذا كان علاجهم من الإدمان ومخاطره، يتم وفق برامج جبرية لا ترخص فيها، وتقتضي بقاءهم في الأماكن التي يحتجزون بها فترة قد يصل مداها إلى ما يزيد على الحد الأقصى لعقوبة الجريمة التي ارتكبوها قبل إيداعهم. وقد تطول مدة الإيداع، ولو لم يكن ثمة جريمة وقعوا فيها.

وسواء تم الإيداع بقرار قضائي، أو بقرار من الجهة الإدارية، فإن النظم المدنية -لا العقابية- هي التي تحكم هذا الإيداع، بما لا إخلال فيه بالحقوق التي كفلتها نصوص الدستور لهم، سواء في المسجون أو في غيرها من أماكن إيوائهم.

وهي حقوق يندرج تحتها الحق في سماع أقوالهم، وحضور محامين للدفاع عنهم بعد إخطارهم بحالتهم وإمكان زجهم في هذه الأماكن.

وكذلك الحق في عدم جواز حملهم على الإقرار بأن شروط الإيداع بها متوافرة فيهم. فضلاً عن الحق في استدعاء شهودهم، وكذلك مواجهة الشهود الذين يشهدون ضدهم، بما يقارع حججهم ويبطلها.

٨٨٠- وشأن من تردوا في إدمان المواد المخدرة، شأن من اعتادوا تعاطي الكحول مدداً استطال زمنها Habitual Drunkards.

ذلك أن مجرد انغماسهم في شربها، وتحولهم بسببها إلى مستعبدين لها لا ينصرفون عنها؛ لا يحيلهم إلى مجرمين مسؤولين عن أفعالهم، بعد أن صار إيمان تعاطيهم لها نمطاً ثابتاً في حياتهم، وحالة مرضية تحيط بهم Addicted to the use of narcotics، دون أمل في النجاة منها Chronic Alcoholism إلا بعلاجهم في أماكن تنهيا من خلالها، فرص إعادتهم لأسواء، لا يهددون الآخرين بأفعالهم التي لا يملكون السيطرة عليها. ويتعين بالتالي أن يحدد المشرع -ربما لا تجهيل فيه- من يزوج بهم في هذه الأماكن.

فلا يعتبر الشخص ممنناً للكحول إذا ظل بعد تعاطيه، مسيطرأ على قواه العقلية، قادراً على النظر في أحواله، مديراً شئونه العائلية بما يكفل صون مصالحها، ولو هدد غيره بشر، أو واجهه بعدون.

ذلك أن الاحتجاز في هذه الأماكن، لا يرتبط بكون من يودع فيها مرتكباً لجريمة ولا بدرجة خطورتها، وإنما يتحدد للمودعون بها على ضوء قدر سيطرتهم على أفعالهم، ودرجة خطورتهم على من يتصلون بهم، أو يتعاملون معهم.

وإذا كان الأصل في الناس جميعهم أن أمهاتهم ولدتهم أحراراً، فإن إرهاب حريتهم -وهي الأصل- من خلال إيداعهم في أماكن تعزلهم عن الآخرين، وحتى عن الاتصال بذويهم أحياناً، لا يجوز إلا لضرورة، مناطها لإرطابهم في استعمال الكحول بما يجاوز حدود الاعتدال، وترديهم في شربها بغير انقطاع، وفقدانهم للسيطرة على أفعالهم بمجرد تناولهم للخمر التي تعصر قواهم العقلية، بما يجعلهم خطرين حتى على أنفسهم.

وإذا كان للدولة أن تقيهم من شرور أنفسهم، وأن تؤمن الآخرين كذلك من مخاطر حالتهم، وفق قواعد ملائمة لا تقوم على التحكم؛ ولها خصائص للقواعد المنصفة وضماناتها، فإن عليها أن توفر لهم فرص سماع أقوالهم قبل أن تقرر احتجازهم جبراً، وألا تصدر قراراً بليوئهم في مصحاتهم العلاجية، إلا على ضوء دلائل لها من قوة الإقناع، ما يرجح لديها تساؤل أو انعدام قدراتهم بصورة مستقلة- على السيطرة على أفعالهم.

٨٨١- وعلى ضوء ما تقدم، تقتض صور إيداع الأشخاص جبراً في مكان مأمون، لنهم عاجزون عن السيطرة على سلوكهم، وأنهم خطرون على أنفسهم وعلى الآخرين. ولا يناقض هذا الإيداع -وهو من طبيعة مدنية- أحكام الدستور كلما تم وفق قواعد إجرائية ملائمة، وعلى ضوء دلائل تتصل بحالتهم هذه وتنبئها.

ولا يعارض هذا الإيداع كذلك -وهو ليس عقاباً جنائياً- ضوابط الحرية المنظمة التي لا يجوز وصفها بالإطلاق. ذلك أن حرية الأبدان، وإن كان يكفلها شرط الوسائل القانونية السليمة بما يرد الدولة عن التحكم فيها بأولامها ونواحيها، إلا أن هذه الحرية لا يكفلها تسليابها بخير عائق، ولا جرفها لكل قيد عليها، ولو كان مبرراً. بل هي حرية مقيدة حتى في إطار نظم الإيداع المدنية في طبيعتها.

ولازمها ألا يباشر للناس حرياتهم وكأنهم وحوش كاسرة، وإلا تتطلق نزواتهم وكان فيضها عصيان لا يرد. وإنما الحرية الحقيقية هي التي يجوز تقييدها في زمن دون آخر، والحد من إطلاقها في أوضاع بعينها دون غيرها^(١). فذلك وحده هو الطريق إلى الحرية المنظمة التي تكفل الخير العام للناس في مجموعهم.

٨٨٢- ولا يجوز بالتالي أن يحتجز أشخاص في أماكن احتويهم لمجرد إتيانهم أفعالا سابقة أيا كان قدر خطورتها أو فحشها. ذلك أن سابق سلوكهم لا يشي بالضرورة بتصرفاتهم المقبلة. وإنما يرتبط احتجازهم في أماكن احتويهم، ليس فقط بتصرفاتهم السابقة المعيبة، وإنما كذلك بحالتهم العقلية القائمة التي تغيد تطرق الخلل إلى تماسكهم، وقدرتهم على السيطرة على أفعالهم، لتكون حالتهم هذه كاشفة عن حقيقة تصرفاتهم القديمة، ومليئة عن رجحان تكرارها إذا لم يجر احتجازهم جبراً عنهم وراء جدران مغلقة. ومن ثم لا تكرر الخطورة الإجرامية وحدها هذا الإيداع. وإنما يتعين أن تقوم إلي جانبها حالة عقلية غير سوية Mental abnormality يضطربون بسببها عاطفياً Emotionally disturbed أو يتخلفون عقلياً، أو تنقص شخصياتهم، أو تصيبهم بهامة الجنون.

٨٨٣- وتنفرد النظم الجنائية، نظم الإيداع المدنية التي لا تتوخى ردع من يودعون فيها، ولا التألم منهم، ونذلك من وجهين:

أولهما: أنها لا تؤخذ من يحتجزون بها وتكبنهم بناء على ملابح إجرامهم، ولكنها تركز على حالتهم العقلية، وشايتها بما يتصور أن يأتيه في مستقبل الأيام من الأعمال. وهي بذلك نظم غير انتقامية تقيم صلة منطقية بين ولوغهم من قبل في الجريمة، وحالة عقلية تقوم بهم وقت النظر في إيداعهم في أماكن لاحتوائهم، ليتضامم هذان العنصران في تقرير إيداعهم جبراً عنهم في هذه الأماكن.

(١) Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 26 (1905).

ثانيهما: أن الأشخاص الخاضعون لنظم الإيداع المدنية، يعانون من عوارض عقلية أو نفسية، تمنعهم من السيطرة على تصرفاتهم. ومن غير المحتمل أن يردعهم تهديد باحتجازهم؛ ولا أن يكون عقابهم هدفاً ملحوظاً للدولة بالنظر إلى الأوضاع النفسية والعقلية التي تردوا فيها، ولا دخل لإرادتهم بها.

ولئن صح القول بأن إيداع الدولة لهؤلاء في مؤسساتها، يقتضى فرض بعض القيود عليهم، إلا أن كل قيد ليس بالضرورة عقاباً جنائياً^(١). ذلك أن التدبير القسرية التي تحيط بالأشخاص الخطرين عقلياً *The dangerously mentally ill* تعامل منذ القدم كتدابير غير جزائية. ومن ثم لا يتحضر عقاباً، احتجازهم مدداً طويلة. وإنما يرتبط هذا الاحتجاز وبنفس النظر عن طول مدته أو قصرها- بما يكون ضرورياً لإبقائهم بأماكن إيداعهم حتى تعود حالتهم إلى سوائها، فلا يهددون أنفسهم أو الآخرين.

وكان منطقياً بالتالى ألا يقرر احتجازهم فى هذه الأماكن لمدة محدداً سلفاً. إذ يبقون فيها ما يبرحوا خطرين، وبافتراض أن مدد إقامتهم هذه، تراجعها لجان من أهل الخبرة بقصد تقييم حالتهم للتحقق من استمرار أو زوال خطورتها.

٨٨٤- وتظل لهذه النظم طبيعتها المدنية، ولو استعار المشرع بعض إجراءاتها وضماناتها من النظم الجنائية.

ذلك أن النظم المدنية، تعتبر كذلك على ضوء أغراضها. ولا تحيلها بعض القواعد الجنائية لتي تطبقها، إلى نظم جنائية. وإنما تتوخى القواعد التي تأخذها من هذه النظم لتطبقها عليها، حصر دائرة المخاطبين بها فى دائرة الأشخاص الذين لا يملكون السيطرة على تصرفاتهم، وهي دائرة ضيقة بالضرورة تقتضى تقييماً متواصلاً لحالتهم.

والقول بأن انعدام وسائل علاجهم فى أماكن احتجازهم، أو عدم ملاءمتها لحالتهم، يشبههم بالمعتننين الذين يستحقون عقاباً؛ مردود بأن علاجهم قد يكون مستعصياً من زاوية طبية. وحتى يفرض التقييد فى علاجهم، فإن عزلهم عن الاتصال بالجمهور من خلال احتجازهم فى تلك الأماكن، يعتبر هدفاً رئيسياً لنظم الإيداع لتي تقيد حريتهم ما فتتوا خطرين.

ومن غير المنطقي أن يكون علاجهم من أسقامهم شرطاً أولياً يتعين أن يتحقق قبل إيداعهم جبراً عنهم فى هذه الأماكن؛ ولا أن يكون للقصور فى وسائل علاجهم أو تخلفها، مقتضياً الإقراج عنهم بعد الإيداع. ذلك أن علاجهم من أمراضهم ليس إلا هدفاً جانبياً يقوم إلى

(١) United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987).

جوار الأغراض الرئيسية لنظم الإيداع، ممثلة في أن يظل المحتجزون في هذه الأماكن، بيد الدولة التي تعزلهم عن الاتصال بالآخرين، ومنعهم من الإضرار بأنفسهم^(١).

٨٨٥- والقول بأن المحتجزين في أماكن إيوائهم قد أصابهم من قبل عقوبة الجريمة التي ارتكبوها، وأن تقييد حريتهم في تلك الأماكن، هو اتهام آخر، وجزاء ثان عن هذه الجريمة ذاتها؛ مردود بأن للطبيعة المدنية لهذه النظم، وتحريكها لإجرائاتها في مواجهة الخطرين، ليس اتهاماً ثانياً ولا عقاباً جديداً عن فعل سابق، ولو كان الإيداع تالياً لاستيفاء مدة العقوبة المحكوم بها. وليس أدل على مدنية هذه النظم من أن الأشخاص المخاطبين بها يودعون وفقاً لأحكامها بناء على حالتهم الخطرة التي تعتبر مناهضة لتطبيقها، والتي لا شأن لها بأكمل القصاص عن جرائمهم السابقة، ولا بترديهم فيها قبل إيداعهم.

فضلاً عن أن نظم الإيداع المدنية لا تنشئ جريمة تقارن عناصرها بعناصر الجريمة التي أدبنا منها من قبل من احتجز وفقاً لهذه النظم، ولا تحركها بالضرورة سوفي كافة أحوالها- جريمة أو جرائم سابقة ارتكبتها المحتجز.

ولكنها تعتمد على الجريمة السابقة، أو على صدور اتهام بها، لتقرر ما إذا كان المدان أو المتهم بارئاً، مضطرباً نفسياً أو معوجاً عقلياً بما يشكل تهديداً له ولغيره.

٨٨٦- كذلك لا تجرم نظم الإيداع هذه فعلاً كان مباحاً قبل تطبيقها، ولا تقرر بالتالي جزاء جنائياً رجعياً على هذا الفعل. فضلاً عن أن حظر الرجعية بنص في الدستور، لا يتعلق أصلاً بخير القوانين الجنائية^(٢).

(١) Witte v. United States, 515 U.S. 389 (1995).

(٢) See Kansas v. Handricks, decided by United States Supreme Court on June 23, 1997.

الفصل الحادي عشرالحماية القانونية المتكافئة للحق في الحياةThe sight to

٨٨٧- ينالني الحق في الحياة زوالها أو إزهاقها بغير حق. والذات جميعهم يملكون هذا الحق لا يتميزون في ذلك عن بعضهم البعض. وتردده المواثيق الدولية جميعها. وهو كذلك حق قائم بغير نص فيها، إذ هو حق في الوجود وفي أن يكون الناس آمنين في أشخاصهم من صور الإقزاع على اختلافها، ومن عوامل القهر على تباين ضروبها، ومن وسائل الإذلال على تفاوتها في درجتها. وهو أدخل إلى البداهة المنطقية، ولا ينفصل عن الناس في المراحل المختلفة التي يعيشونها، لأنه كامن فيهم *Inhérent à la personne humaine* ولا يباشرون غيره من الحقوق بتخلفه. فهو مقدمتها ولطريق إليها. بل إن حقوق الناس وحرياتهم جميعها تنهيم وتكعدم قيمتها بغير ضمان الحق في الحياة. وهو حق يقتضي فرض كلمة القانون على الناس جميعهم -حتى في أوقلت التوتر ومظاهر الصراع الداخلي- حتى لا تخطئ فرائض أمنهم، وعلى الأقل في حدها الأدنى، من خلال مخاطر يتعرضون لها ولا يتوقعونها. ومن ثم كان منطقياً أن يكون هذا الحق مكنولاً بنص المادة الثانية من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان، وأن يكون موقعها من ضمان هذا الحق مستصحباً لحكم المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر في ١٩٤٨/١٢/١٠ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة التي حرص ميثاقها على ضمان الحق في الحياة من خلال تدابير جماعية تتخذها الدول الأعضاء فيها على تقدير أن حق الناس في أن يكونوا آمنين في أشخاصهم وكذلك في حياة لائقة^(١) *La garantie d'une vie décente* حقان متدخلان، وأن ملتخذة الدول من تدابير لصون الحق في الحياة - عقابية أو وقائية - يفترض أن تكون هذه التدابير من طبيعة عملية تتوافر بها فرائض الحق في الحياة بصورة ولعية، فلا ينتهكها أحد بغير جزاء^(٢).

ولا يخل حق الناس في الحياة بالقيود التي تفرضها الدولة في نطاق تنظيمها المعقول للحرية، ولا بالقيود المنطقية التي تقتضيها لصون أمنها ولضمان وجودها.

(١) ويلاحظ أن حق الفرد في حياة لائقة، مقرر بنص المادة ٢٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تكفل لكل شخص الحق في مستوى من الحياة يكون كافياً لضمان صحته ورخائه ولعيش عائلته. وهذا الحق مقرر كذلك بالمادة ١١ من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وهو مكنول أيضاً بالفقرة (١١) من ديباجة المستور الفرنسي لعام ١٩٤٦.

(2) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 5e édition, pp. 312- 315.

ذلك أن مثل هذه القيود، تعتبر شرطاً مبدئياً وم دخلاً حيويًا لمباشرة كل حق أو حرية، سواء بصفة فردية أو جماعية. وهي كذلك ضرورة لحماية الناس في أموالها وأعراضها.

وقام بالتالي حق ضحايا الجريمة، هم ومن أضرروا منها من ذويهم أو من يحيطون بهم، في التعويض عن الأضرار التي أحدثتها، خاصة ما تعلق منها بأبدانهم.

وتقيم المواثيق الدولية علاقة واضحة بين الحق في الحياة، وبين حظر أعمال لدعاية التي تحبذ الأعمال الحربية وتروج لها. وتقرض كذلك حظراً كاملاً على إنتاج الأسلحة النووية والكيميائية وحيازتها ونشرها، باعتبارها من أدوات التدمير الشامل التي تلحق بالحق في الحياة مخاطر جسيمة يستحيل تجنبها أو الحد من آثارها.

ويرتبط الحق في الحياة كذلك بالأمن الدولي، ويضطرره أن تعمل الدول جميعها، وأن تتعاون على توثيق روابطها بافتراض تدخل مصالحها، وأن تقوم بتسوية خلافاتها عن طريق التفاوض لا بالقوة.

٨٨٨- ولا يقتصر ضمان الحق في الحياة على تأمين وجودها، وحظر كل عنوان عليها، وتقرير الافتراض الملازمة التي ترد كل إخلال بها؛ وإنما ينطلق الحق في الحياة كذلك بالشروط الملازمة والضرورية التي تكفل لكل فرد حياة لائقة *Une vie dcente*.

ويندرج في ذلك، أن تكون للحياة مستوياتها اللائقة التي لا يجوز النزول عنها، وعلى الأخص من جهة ضمان حد أدنى من الشروط الصحية للناس جميعهم، وتأمينهم من الجوع والمرض والفرع، وضمان لتمكن ملائمة بهجوع إليها من عشاء يومهم^(١)، والعمل بصورة مضطردة على تطوير أوضاع معيشتهم، وضمان الشروط الأفضل لعملهم، وتصبده آمالهم في الحياة، وتقليص وفياتهم خاصة الأطفال منهم.

بيد أن الشروط المتقدم بيانها، والتي تتطلبها كرامة الإنسان كقيمة تملو على كل صور امتنانها، والتي لا يتصور أن يحيا أحد بدونها حياة لائقة، تفترض إمكان تنفيذها قضائياً، وأن تعمل التأثير ذاتها على ضمان هذا النوع من الحياة. وهو ما تكل عليه الفقرة ١١ من ديباجة الدستور الفرنسي الصادر في ٢٦ / ١٠ / ١٩٤٦ التي تكفل للناس جميعهم وللأطفال بوجه خاص- ولأمهاتهم، وللعمال الذين تقدم العمر بهم، الحق في الصحة، وفي رحتهم، وفي إجازاتهم، وفي ضمان أمنهم. فإذا لم يكن للفرد قلداً على العمل بالنظر إلى عمره أو لعجزه

(١) D C . no 94359 du 19-1-1995 .

بدنياً أو عقلياً، أو لأوضاع اقتصادية تحيط به، تعين أن توفر له الدولة وسائل ملائمة للحيش
Des moyens convenables d'existence.

٨٨٩- وقد حظر القانون الدولي العام بعض الجرائم التي تقتصر حق الناس في الحياة
ويندرج تحتها تعذيبهم، ومعاملتهم كأرقاء، والاتجار في أعضائهم واستمالتهم للفجور. وكذلك
عقابهم بطريقة لا إنسانية، أو على نحو يمتن كرامتهم، وتكليفهم بالعمل سخرة^(١).

٨٩٠- ويظل الحق في الحياة مطلباً أساسياً للناس جميعهم. فلا يجوز إذلالهم ولا
ترويعهم، ولا طعنهم بالقلق الدائم، ولا قهر إرادتهم إلى حد طمسها فلا يعرفون هويتهم،
وعلى الأخص من خلال العقاقير الطبية التي تعطىها السلطة جبراً لمن أختطفهم من
المواطنين، وأخفهم عن ذويهم.

وفي هذا الإطار، لا يجوز إجراء تجربة طبية أو علمية على شخص بخير رضاه^(٢)،
ولا الإخلال بتكامل بدن الإنسان سواء بالمعايشة الجنسية لإمرأة بالقوة؛ أو حملها على
الدعارة؛ أو بتعقيمها حتى لا تحمل، أو بإجهاضها قسراً أو بالتعامل فيها، أو بتعريضها لحيوان
يغتصبها.

٨٩١- وقد يعاين شخص آخر على الانتحار أو يشرع في ذلك، ويعتبر هذا العمل
جريمة معاقباً عليها قانوناً في أكثر الدول. ولكن قوانين هذه الدول ذاتها قد تحول الأشخاص
الميتوس من شفائهم -كالذين دهمتهم حادثة مزقتهم وأحالتهم وجوداً هامداً لا يحيا بخير
الوسائل الطبية الصناعية، Persistent vegetative state الحق في رفض الاعتماد على هذه
الوسائل التي تبقوهم على قيد الحياة، وهو ما يثير بالضرورة النظر في مدى مخالفة هذه
القوانين لشرط الحماية للقانونية المتكافئة.

ذلك أن هذه القوانين تميز بين الذين يعتمدون في بقائهم أحياء على وسائل طبية تحول
دون موتهم، وبين الذين لا يعتمدون عليها، وإن كان مرضهم خطيراً، وفرصهم في النجاة من
مخاطرهم، تكاد أن تنعدم.

(١) V. Ch. Chanet: La convention des Nations Unies contre la torture et d'autres peines ou Traitement cruels, inhumains ou dégradants ou A.F.D. 1, 1984.

(٢) انظر في ذلك نص المادة ٣٢ من دستور جمهورية مصر العربية التي تحظر إجراء أي تجربة طبية أو
علمية على أي إنسان بخير رضائه الحر. وكذلك نص المادة ٤٢ من الدستور التي توجب معاملة من
يقبض عليه أو يحبس أو يتقيد حريته بأي قيد، بما يحفظ عليه كرامة الإنسان.

فبينما تخول الفريق الأول الإسراع في إنهاء حياتهم برفض هذه الوسائل وطلبهم التخلص منها؛ فإن أفراد الفريق الآخر الذين لا يعتمدون عليها، لا يستطيعون الحصول على معونة طبية ينهون بها حياتهم، ولو أحاطتهم أمراض لا أمل في برئها، وكان مآل الأمر فيها إلى موتهم، كالذين نهش السرطان أجزاء من أبدانهم مستشرياً فيها بما يحرم أملهم في النجاة منها.

حال أن كثيرين يرون أن الفريقين في مركز قانوني واحد. ذلك أن الذين يرفضون وسائل إنقاذ حياتهم الطبية ويطلبون من أطبائهم للتخلص منها، لا يختلفون في شيء عن الذين يطلبون من أطبائهم معلومتهم على الانتحار، خلاصاً من أمراضهم المبرحة الآمها، والتي لا أمل في شفائها.

كلاماً يصل على إنهاء حياته؛ أحدهما برفض المعونة الطبية اللازمة للإبقاء عليها^(١)؛ وثانيهما بطلبها للتخلص من حياة مقطوع بالنتائج.

غير أن الاتجاه القضائي في القانون المقارن، ينظر إلى هذا التمييز باعتباره غير مناقض لشرط الحماية للقانونية المتكافئة، وذلك تأسيساً على أمرين:

أولهما: أن شرط الحماية للقانونية المتكافئة، لا يولد حقاً من طبيعة موضوعية، وموادة وجوب أن يعامل المشرع الأشياء المتشابهة بصورة واحدة؛ وإمكان أن يعامل الأشياء المتخلفة على نحو متباين^(٢).

A State must treat like cases alike, but may treat unlike cases accordingly.

والدستور بذلك لا يتطلب أن تعامل الأشياء المختلفة في واقعها، أو من وجهة النظر التي تتعلق بها، بافتراض تساويها قانوناً فيما بينها.

ثانيهما: أن حق الأشخاص في طلب التخلص من الوسائل الطبية التي تبقوهم أحياء، لا يؤسس على حق كضله الدستور لهم في التعجيل بموتهم To hasten death. وإنما على الحق في ألا يمس آخرون -ويندج الأطباء تحتهم- أبدانهم بغير موافقتهم Unwanted touching.

ولا كذلك أشخاص يعينهم الأطباء على الانتحار بإعطائهم عقاراً قاتلاً، يكون منهيأ لعذابهم من الأمراض التي يعانونها. ذلك أنهم يعتمدون على قتلهم، ويخرجون بذلك عن أصول

(١) يعيش هؤلاء على وسائل صناعية بتقنيهم.

(٢) Plyer V. Doe, 457 U.S. 202, 216 (1982).

مهنتهم في صون حياة مرضاهم لا تميزها^(١). فليس ثمة حق لأحد في الانتحار، لا مباشرة، ولا عن طريق معونة يقدمها غيره له.

٨٩٢- وما أراه صواباً هو أن الحق في الحياة والحق في الموت، معنيان متضادان. ذلك أن أولهما إصرار عليها طلباً لبقائها. وثانيهما إقضاء لها وإنهاء لوجودها. ولئن كان الحق في الحياة مطلوباً ضمنانه، إلا أن قتل النفس ليس حقاً لأحد. إذ هو حرمان من الحق في الوجود بغير الوسائل القانونية المسموعة^(٢).

وينبغي أن يلاحظ أن من يقدمون على الانتحار بأنفسهم، وكذلك من يطلبون من أطبائهم معاونتهم في ذلك؛ كلاهما ينهض بیده، أو بيد غيره. كذلك يفترض فيمن تدفعهم حادثة بنعدم معها أملهم في النجاة من عواقبها، أن الوسائل الطبية التي تغذيتهم، هي التي تعينهم على البقاء أحياء Lifesaving hydration and nutrition. فإذا رفض هؤلاء المصابون تلك الوسائل، تعين أن تكون إرادتهم في ذلك إرادة قاطعة ولو عبروا عنها في مرحلة سابقة على الحادثة التي هشمتهم وجعلتهم غير واعين بما يدور حولهم^(٣).

ولكن الفرض فيهم أنهم صاروا مهشمين من كل الوجوه، تحيطهم غيبوبة كاملة، لا يدركون معها شيئاً مما حولهم.

ولا يتصور بالتالي -حتى مع افتراض جواز إنهائهم لحياتهم من خلال طلبهم انتزاع الأجهزة التي تقيهم أحياء- أن يحل آخرون مطعم في ذلك، ولو كانوا من آبائهم أو أمهاتهم أو أزواجهم أو أقرابهم.

(١) Vacco, v. Attorney General of New York, decided by United States Supreme Court on June 26, 1997.

(٢) يندرج تحت الوسائل القانونية الجائزة، أن يصدر حكم قضائي بإعدام قاتل أو عقيد حرية من خلال عقوبة بدنية، كالإسفل الشاقة المؤقتة أو المؤبدة أو السجن أو الحبس.

(٣) يتسع أحياناً أن يتعرض الإنسان لحادثته تتدخل معها وظائفة الحيوية، فلا يهي شيئاً مما يدور حوله، وإن ظل باقياً على قيد الحياة بحكم الوسائل الطبية التي تغذيه وتقيه حياً، فإذا كان قبل تعرضه لهذه الحادثة، قد ذكر لصديق أو غيره أنه يرغب في التخلص من الوسائل الطبية الإصطناعية التي تقيه حياً إذا تعرض لحادثة يصير بسببها بغير أمل في النجاة منها، تعين إعمال إرادته في ذلك ومسح الأجهزة الطبية التي تقيه حياً. وإذا يهي الأطباء حيالته لسحب هذه الأجهزة من بدنه، فإنهم لا يفعلون شيئاً أكثر من الاستجابة لرغبة مريضهم.

ولئن كان الأشخاص الذين يطلبون من أطبائهم في أيامهم الأخيرة، معاونتهم على الخلاص من الحياة، بالنظر إلى استحالة أمراضهم التي تكل الحقائق العلمية على استحالة البرء منها؛ إلا أن من الصعوبة الجزم بنوع الأمراض التي يصير بها مريضاً وشيكاً Terminally ill، ولا القول -رصد طحتهم آلام أمراضهم بأنهم قصداً بكامل وعيهم، إنهاء حياتهم؛ ولا الفصل بصفة قاطعة فيما إذا كانوا قد اختاروا حقاً إنهاء حياتهم بكامل وعيهم -Mentally competent. ذلك أن أمراضهم تشقيهم وتعذيبهم، وتعرضهم لآلام مبرحة لا يتصور معها إدراكهم ما يفعلون.

فضلاً عن أن إرادة الموت لا يملكها أحد، وإلا جاز لكل امرأة أن تجهض نفسها ولو نصحتها الأطباء بأن هذا الإجهاض مؤد إلى موتها بالضرورة. وجاز كذلك لكل إنسان أن يقرر متى يبقى حياً ومتى يفنى. وهو ما لا حق لأحد فيه، ولو بالتفرع بالحرية الشخصية أو التخرج عليها. ذلك أن الحرية في معناها الحق، تنقضى لنفاكتها إلى حد إعدام الشخص حياته بنفسه.

٨٩٣- وثمة فارق كذلك بين المصابين في حادثة هسنتهم، ولم يبق لهم شيئا من وظائفهم الحيوية، إذ يعاملون بوصفهم ميئوس فعلاً بالمقاييس العلمية. وإن تخرجهم الأجهزة الطبية -التي تعينهم على البقاء في صورة الأحياء- من حالة العدم التي هم فيها^(١)؛ وبين الذين يطلبون من أطبائهم معاونتهم على الانتحار، ولو كانوا مصابين بأمراض عضال يكون موتهم بسببها وشيكاً، وأملهم في الحياة منتهياً.

ذلك أن أفراد الفريق الثاني أحياء، فإذا أعلنهم الأطباء على الانتحار، فإن معاونتهم هذه تستبق موتهم. وهو ما لا يجوز، خاصة وأن القول بجواز الانتحار لا إجماع فيه، لا بين الفلاسفة ولا بين رجال الدين والفقهاء.

(١) في القضية. Crowzan v. Director, Missouri Dep't of Health 497 U.S. 261 (1990) قضت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية بدستورية تشريع صدر عن ولاية مسيسوري يجيز نزع أجهزة الأعضاء الطبية التي يبقى بها أشخاص مشيخون على قيد الحياة بشرط أن يوافق نزعها، وإرادة سابقة واضحة للمريض Consistent with the patient's previously manifested wishes بل إن المحكمة في هذه القضية تفرق بين هؤلاء المرضى الذين تبقى حالتهم مستقرة بفضل الوسائل الطبية لأكثر من ثلاثين عاماً -وهو ما شهد به الشهود في القضية المذكورة، وبين المرضى الميئوس من شفائهم بالنظر إلى خطورة مرضهم ولو كان مرضهم مفضياً إلى موتهم Terminally ill.

فمنهم من يقول بأن الانتحار عمل جبان يناقض إرادة الحياة، ودلائل الوجود Une lâcheté devant les épreuves de L'existence، أو هو إحلال لإرادة الفرد محل إرادة خالق بيده وحده إحياء الناس وإماتهم.

L'appropriation d'un pouvoir sur la vie qui n'appartient qu' à Dieu maître de la vie et de la morte.

ويراه فريق آخر رد فعل في مواجهة نكول الجماعة عن واجبها في تحقيق التضامن الاجتماعي بين أفرادها.

ويصوره آخرون بأنه التعبير الأعلى عن الحرية الفردية التي يملكها الناس جميعهم، ويتصرفون بها في أبدانهم^(١) L'expression supreme de la liberté individuelle. وأن المنتحرين لا يصيبون غير أبدانهم هذه بالضرر، ولو من خلال إضرابهم عن الطعام لأغراض سياسية، أو عن طريق تعاطيهم جرعة من دواء يقتلهم. وكذلك برفضهم العلاج من أمراضهم، بقصد للتخلص من حياتهم.

بيد أن الآراء التي نقول بجواز الانتحار باعتباره نتاج الإرادة الحرة، يعيبها أن الناس لا يملكون حرية مطلقة على أبدانهم. إذ لو صح هذا القول، فلماذا جرم المشرع دعارة المرأة ولو بغير أجر، بالرغم من أن المرأة الداعرة تخالف بآرائها الحرية الرجال بغير تمييز!!

ولم أتم المشرع كذلك إثبات الرجال فجوراً!!!! وعارض صوراً من الإجهاض تأكيها المرأة بآرائها على بدنهما!!!!

ولم حظر نقل أجزاء من الأبدان إلى آخرين -ولو لإتقاذ حياتهم- إلا إذا كان هذا الإجراء بغير مقابل، ولا يلحق ضرراً بالمتبرع!!!!

ولم أبطل المشرع كل تعامل في الأبدان أو أطرافها يناقض تكاملها، أو ينظر إليها باعتبارها محلاً "لحقوق مالية" يجوز نقلها إلى آخرين^(٢)!!!!.

(١) Jacques Robert, Droits de L'homme et libertés fondamentales, e édition, P. 210.

(٢) ينظر لبعض إلى حق المشمشين في رفض بقاء الأجهزة الطبية التي تعينهم على الحياة، باعتبارها مندرجاً تحت حق الشخص في رفض العلاج الطبي.

المبحث الرابعالقانون أداة تنظيم الحقوق وقد بطورهاالفصل الأولاستنتاج تجريم المصالح التي كلها الدستور

٨٩٤- بكلل الدستور في صلبه كثيرا من الحقوق بالنظر إلى حيوية المصالح التي تخالطها وتوجهها، من بينها الحق في الحرية الشخصية، وفي حرية الاختيار والتعبير، وفي ضمان خواص الحياة، وفي الإطلال على العلوم علي اختلافها، وفي مواجهة إساءة استعمال السلطة، وفيما ينبغي أن نتقيد به للنظم الجنائية سواء من جهة الأعمال التي يجوز أن تؤثمها أو قدر عقوبتها، وفي حرية اختيار المهن والأعمال التي نطلبها، وفي حق الحصول على أجور متماثلة عن الأعمال عندها.

فما هي حدود كل حق أو حرية منها؟ وهل يجوز سرفها خلا حرية العقيدة والحق في التعددية- وصفها بالإطلاق. فإذا جاز تنظيمها.. فما هي حدود هذا التنظيم، وهل يجوز القول بأن لكل حق ولكل حرية دائرة منطقية لا يجوز اختراقها.. وما هي حدود هذه الدائرة.. وما نوع المصالح التي تتزاحم عليها لتقدير ما يلائمها من القيود. وهل ينظر في مجال تحديد دائرة حقوق المواطنين وحيرياتهم ونطاق القيود التي يجوز فرضها عليها، إلى أوضاع تطبيقها، وسياق متطلباتها؟ أم يتعين تحديد بنائها في صورة مجردة تنفصل عن واقعها.

٨٩٥- تلك جميعها معان قد تختلط ببعضها في مجال بيان الدائرة المنطقية لحقوق المواطنين وحيرياتهم، وإن تعين القول بأن لكل حق ولكل حرية أغراضا يستهدفها، فلا يجوز تنظيمه بما يخل بهذه الأغراض أو يجلوؤها، ولا تقيد به بنصوص قانونية يستحيل عقلا ربطها بها. وفيما وراء هذه التخوم، لا يجوز تنظيم الحق والحرية إلا في دائرة منطقية لا يفقد بها وجوده، أو معناه ولا ينقص من أطرافه بما يضلل من جدواه. ومن ثم يكون لكل حق أو حرية نواة Nucleus لا يجوز أن تهدم أو تتآكل لأنها بؤرة الضوء فيه، والخلية التي ينبثق منها والتي تعطيه الحياة التي يتنفس من خلالها. فإذا نقض المشرع عليها أو أرقعها بما يعوق حركتها المنطقية، زال وجود الحق أو الحرية، أو لم يعد هذا الوجود فاعلا.

فنحن إذن أمام حقوق كلها الدستور في صورة واقعية لا مجردة، متوخيا بإحداثها أن تحقق في تطبيقاتها العملية، الأغراض المقصودة منها دون زيادة أو نقصان. فلا هي فوق السلطة، ولا السلطة فوقها. وإنما تعمل هذه الحقوق في نطاق توازن اجتماعي يتوخى التوفيق قدر الإمكان بين زحام المصالح التي تلابسها.

٨٩٦- فالحق في الاجتماع ليس إلا إطاراً واقعياً لحرية التعبير. ذلك أن أفرادهم يدخلون فيه -لا لنضمامهم جدران مغلقة يقيمون داخلها صامتين، وكأن علي رؤوسهم الطير- وإنما هم معنيون ببعض الشؤون التي يريدون مناقشتها- لا لأنهم اتخذوا من قبل موقفاً نهائياً بشأنها - وإنما طلباً لحوار حولها، سواء كان هذا الحوار هادئاً أم صاخباً، جارحاً في بعض كلماته، أم معتدلاً، متقاداً عاطفياً أو متوازناً. فكل أولئك أشكال من الحوار لا تغض من قيمته ولا تنقص من ضرورته. وهي بذلك مدخل هام من مداخل حرية التعبير التي تفرض حق الناس جميعهم في التعبير عن آرائهم التي يريدون إعلانها، وتلقيها من آخرين، ونقلها منهم -من خلال ترويجها- إلى دائرة أوسع، سواء كان التعبير حركياً أم قولاً أم رمزاً، أم صورة أم رسماً، أم بكل هذه الوسائل جميعها وبغيرها، حتى تظل الكلمة انتقاء حراً ونبهاً صافياً لإرادة الاختيار التي تفرض مباشرةً بقل مفترح، وبقوة دافعة وثقة لا وجل فيها ولا تهاون.

٨٩٧- وتظل للكلمة أهميتها ليا كان مصدر رسالتها أو مضمونها. فما نراه مقيماً من الآراء قد يكون أروعها قبولاً. وما يكون بغضاً من صورها قد يكون للحقيقة التي أخفقت في إركاها، وما لا نفهمه من ملامحها قد يكون هو الأكثر اعتدالاً.

وليس لأحد أن يفرض علي غيره وصاية فيما يراه من الآراء صواباً، ولو لم تكن في حقيقتها غير بيتان عظيم. فالآراء لا تحيا في مياه راكدة، ولا آسنة. ولكن يبيتها هي التي تثريها أو تجدها؛ تطيحها قوتها، أو تخفض قيمتها؛ تردّها إلى حكم العقل، أو تفرض عليها مظاهر التسلسل؛ تغلبها بنظرة متسامحة أو تزدريها بعين ساخطة، تمنحها مجالاً حياً يكتل ذبوعها، أو تحيطها بقضبان من حديد تعقلها؛ توفر لها مقامعها وأغلالها أو تطلق سراحها من أسرها؛ تنقهمها وتتفاعل معها، أو تكبلها حتى لا ينفذ أحد إليها. وما كان للدستور ليكفل حرية التعبير في نطاق لا يؤمن بضرورتها، ولا بأن الآراء حتى مع تصانمها تظل نبأً للحقيقة التي نريد معرفتها، ولا بأن القائلين بها لا يجتمعون علي كلمة واحدة إلا في قليل من الأحوال.

وتظل الكلمة هي الكلمة، قوتها في الإصرار عليها وحيوتها في الإعلان عنها أو الجهر بها، وقيمتها في كونها تعبيراً عن إرادة لا يجوز طمسها، ولا تحريفها، أو إرهابها بما يردّها عن الدائرة المنطقية لحركتها.

وهي تمثل في النظم الديمقراطية أكثر روافدها عطاءً، وأبلغها ثراءً، وأفضلها طريقاً إلى التعبير، وأحقها بالدفاع عنها والتكفل وراءها. ولا تزال للكلمة حواراً في وسط اجتماعي، فلا تهيم في الفضاء، ولا تنقل موازينها كراهة لها. إذ هي دوماً طريق إلى التعبير بالوسائل السلمية. فلا تجوز مصاردة أدواتها، ولا نقض محيطها.

ويقدر اتساع قاعدتها، تتحدد درجة تأثيرها في الجماهير، وأنماط خياراتها ونوع المصالح التي تقبلها، وطرائق الحياة التي تميل إليها.

بيد أن الكلمة التي ننطق بها وإن كان يحكمها لُصْلُ الحل، إلا أن تجريما يجوز في أحوال استثنائية تفصل بين ما هو مشروع وغير مشروع من صورها. كذلك فإن دائرة تنظيمها تبلور ما يجوز أن يفرض عليها من القيود بما لا يقوضها أو ينتقصها من أطرافها. ولا يدخل في إطار للقيود الجائزة علي حرية التعبير، تطويق هذه الحرية لمواجهة مخاطر متوهمة، أو مخاطر متوقعة ليس لها من إحداثها ووضوحها ما يرشحها كتقيد علي تلك الحرية.

ويتعين دائما إذا قيل بأن بعض الآراء تلاسها مخاطر داهية، أن ننظر إلي نوع المصلحة التي نسمها وأثرها عليها. ذلك أن حرية التعبير ما كفلها الدستور إلا بقصد إثرائها، وبما لا يخل بجواز تقييدها في دائرة ضيقة، هي التي يكون للتعبير فيها مودبا حالا ومباشرة، وبصورة واضحة لا تخطئها العين، إلي تقويض أو تهديد مصلحة حيوية لها من أهميتها بوجه عام، ما يقيها فوق حرية التعبير.

وما قلناه في شأن حرية التعبير ينطبق بالقوة ذاتها علي حرية الاجتماع، وهي إطار حرية التعبير فلا يجتثها المشرع من ملتتها، ولا يحيطها بقيود ترهقها، ولا يواجهها بوصفها مدخلا يخول السلطة مطاردة خصومها وتعقبهم من خلال تجريم صور الاجتماع علي اختلافها ولأيا كان غرضها، وكأن الدخول في اجتماع معين قرين للجريمة، أو هو الطريق إليها.

٨٩٨- وفضلا عن أن حرية التعبير والحق في الاجتماع لا يجوز تقييدهما في غير ضرورة، فإن الحرية الشخصية بذل منها تفويض لإرادة الاختيار للكامنة فيها، والتي تبلور الشخصية الإنسانية في جوهر ملامحها، وهو ما يتحقق علي الأخص من خلال حمل أشخاص علي الشهادة التي تكينهم، فلا يكون الإدلاء بها غير تعبير عن منطق القهر والإملاء. وكلما كان المخاطبون بالقوانين الجنائية لا يملكون غير خيار الخضوع لأحكامها، أو حملهم جبرا علي الإدلاء بشهادة يريدون كتمانها، حتى لا يتهموا جنائيا بسببها؛ فإن هذه القوانين تكون مخالفة للدستور، شأنها في ذلك شأن القوانين الجنائية التي تؤثم أفعالا بذواتها، وتفرض علي من يأتونها صورا من الجزاء لها من ضرورتها ما يخل به التوازن بين الجريمة وعقوبتها. فلا تكون عقوبتها هذه غير تعبير عن منافاتها للقيم التي ألغتها لدول المتحضرة في مظاهرها سلوكها المختلفة، وعلي الأخص كلما كان تقدير عقوبتها ولقما في إطار نظرة متخلفة تورد إلي حقبة ماضية نبذتها أسرة الأمم في مفاهيمها الأكثر تطورا.

٨٩٩- ولأن الجريمة الوحيدة لا تترك وزرين، فإن معاقبة للشخص عنها أكثر من مرة، يكون كذلك مناقيا القيم التي احتضنتها الأمم المتحدة. ولا يجوز بالتالي أن يكون الاتهام متلاحقا عن الجريمة ذاتها، ولو أعطي المشرع الوقعة الإجرامية ذاتها، تكييفنا مختلفا. وتطبق هذه القاعدة حتى في الدول الفيدرالية التي تتوزع السيادة فيها فيما بين ولايتها من جهة والسلطة الفيدرالية من جهة أخرى *Separate Sovereignities*.

ذلك أن السيادة -سواء كانت موزعة في الدول الفيدرالية، أم مجمعة في الدول البسيطة التكوين- هي في النهاية سيادة في دولة واحدة لا تتجاوز مباشرتها الخط الخارجي لحدودها الإقليمية. ولا يجوز بالتالي لولاية في تنظيم فيدرالي -وعلى ما نراه- أن تعاقب متهما مثل أمامها وفقا لقوانينها، في شأن جريمة كان قد حوكم عنها أمام محكمة فيدرالية، ولو كان نشاط الجاني يكون جريمة فيدرالية وجريمة محلية في آن واحد، بشرط أن تتحد الجريمتان في أركانها.

ذلك أن كل ولاية، وإن كان لها تشريعاتها التي تخولها القصاص من اللجاء عن جرائمهم التي يرتكبونها في إقليمها -ولو كان المشروع الإجرامي قد انبسط إلى حدود أكثر من ولاية- إلا أن ملاحقة الشخص عن الجريمة ذاتها لمجرد تعدد القوانين التي تعاقبه عنها، يناقض شرط الوسائل القانونية السليمة. ومرد ذلك أن هذه القوانين جميعها تطبق في دولة واحدة.

ويزيد الأمر سوءا أن الولاية في الدولة الفيدرالية قد تقبل بحكم قضائي صدر عن دولة أجنبية في شأن شخص مقيم في الولاية، فلا تعيد محاكمته من جديد أمامها، ولو كانت الجريمة التي ارتكبها، مؤتمة كذلك بمقتضى قوانين الولاية. ولولى بها أن تنزل على قضاء صدر عن ولاية غيرها، أو عن السلطة الفيدرالية الوطنية، في شأن الجريمة ذاتها. ذلك أن الدستور وإن كان قد احتجز لكل ولاية بعض مظاهر السيادة التي اختصها بها، إلا أن عليها أن تباشر هذه السيادة بالتوافق مع السيادة الفيدرالية وليس بما يناقضها. فضلا عن أن وحدة شعوبها تقتضيها أن تطبق قوانينها بطريقة منصفة، وبما يكفل رخاءها العام، وليس بما يقوض هذه الوحدة أو يفصمها. وحقائق العدل ومعطياتها، ينافيها كذلك ملاحقة شخص عن الجريمة ذاتها أكثر من مرة سواء أدين عنها، أو اعتكر بريئا منها.

٩٠٠- وقد آل تطور حقوق الإنسان إلى حظر كل عقوبة أو معاملة تكون قاسية أو مهينة، وإن ظل تحديد ماهية هذه العقوبة أو المعاملة، عصيا على البيان. وتردد الوثائق والعهود الدولية هذا الحظر. وهو ما تقرر بنص المادة ٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان؛

وبنص المادة ٧ من العهد الدولي للحقوق المدنية السياسية، وبنص المادة ٣ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الرئيسية، وبنص المادة ٢٥ من الإعلان الأمريكي لحقوق الرجل وواجباته التي تقضى بأن لكل فرد الحق في معاملة إنسانية خلال فترة احتجازه؛ وبنص المادة (٥) من الاتفاقية الأمريكية في شأن حقوق الإنسان التي تنكّل لكل شخص تكاملاً في قواه العقلية والخلقية والبدنية؛ ولا تجوز تعذيبه أو تعريضه لمعاملة أو لعقوبة غير إنسانية أو مهينة؛ وتوجب معاملته -وكالما حرم من حريته- بما يحفظ عليه كرامته؛ وتحظر امتداد العقوبة لغير الجناة.

ولا تزال عقوبة الإعدام تثير جدلاً عريضاً بين الفقهاء والقضاة ورجال علم الاجتماع. ذلك أن مفاهيم القصاص الكامنة فيها، لم تردع آخرين عن إتيان الجرائم المؤدية إليها، وتعارضها بعض الدول التي لا تزال تعطي للحياة قيمتها. وقيل في ذلك بأن مفهوم الردع وإن كان يلور الغاية النهائية لهذه العقوبة؛ إلا أن من غير المقبول إجهاض حياة الإنسان بناء على حكم قضائي يحتمل الخطأ، أو على ضوء تطبيق للقضاء لهذه العقوبة بمعايير مختلفة يناقض بعضها البعض، ولا تنكّل للجناة بالتالي تساويهم في فرص فرضها.

وقد كان من شأن الهجوم المتصاعد على عقوبة الإعدام، والقول بانتفاء طبيعتها الخلقية ومناقضتها للإنسانية وملامعتها، أن قل عدد الأشخاص الذين يساقون إليها بأحكام قضائية، بالرغم من ازدياد الجرائم التي تستوجبها. وتضاعل كذلك عدد الأشخاص الذين تنفذ فيهم هذه العقوبة بعد توقيعها بما يؤكد النفور العام منها، وتردد القضاء في فرضها والجهة الإدارية في تنفيذها.

ولما كان شأن عقوبة الإعدام من جهة سموتها أو القول بمناقضتها للقيم الإنسانية، فإن إيقاع هذه العقوبة يفترض توافر وسائل إجرائية وتحقيق ضوابط موضوعية.

وتأخذ الأشكال الإجرائية لهذه العقوبة في حساباتها، طريقة تشكيل الجهة القضائية التي تختص بتوقيعها؛ وما إذا كان حكمها بتوقيعها مطلقاً على إجماع أعضائها؛ أم كان جائزاً صدور بموافقة أغليتهم؛ وما إذا كان توقيعها تحكيمياً؛ وما إذا كان فرضها اختيارياً. وتحدد القيم المعاصرة ضوابط فرض هذه العقوبة، ولا تجوز أن يكون توقيعها واقعاً في إطار السلطة التقديرية المطلقة، ونقتضى أن تصاغ للقوانين التي تفرضها في حدود ضيقة، وأن تحدد هذه القوانين بصورة جلية لا خفاء فيها شروط تطبيقها.

ويظل مطروحاً أمام جهة الرقابة على الشرعية الدستورية، ما إذا كانت هذه العقوبة- وبغض النظر عن الأشكال الإجرائية التي تحيط بتوقيعها- تعتبر في محتواها- عقوبة قاسية لا يجوز فرضها.

ذلك أن القول بقسوة العقوبة، من الدفوع الموضوعية التي تنصل بمضمونها. وهي قسوة تبدو متناهية في شدتها مادياً ونفسياً من خلال عقوبة الإعدام، وعلى الأخص بالنظر إلى طول المدة بين توقيعها وتنفيذها. وهي مدة يقضيها المحكوم عليه بها متربصاً لحظة إنهاء حياته وتكميره بصفة نهائية، فلا يبقى له من وجود. كذلك يميل الاتجاه العام في كثير من الدول إلى إلغاء هذه العقوبة سواء بصفة فعلية أو قانوناً بما يؤكد أن هذه العقوبة لم تعد تمثل اليوم -على بقائها- حقيقة تاريخية. بل إنها تتناقض القيم المعاصرة وتزيد في قسوتها على أية عقوبة تقبل بها الدول الحرة. ومن شأنها الحط من كرامة المحكوم عليهم بها. وهي كذلك عقوبة انتقائية أحياناً لا تقارها إلى الضوابط الواضحة التي تضيق من نطاق تطبيقها. وقد يقع التمييز في مجال فرضها بما يخل بشرط الحماية القانونية المتكافئة.

بيد أن المبادئ بإلغاء عقوبة الإعدام، فاتهم إنها قصاص عادل في شأن جرائم القتل، وأنها لا تعتبر قاسية بالنظر إلى خصائص الجرائم التي تقابلها، وهي جرائم خطيرة بطبيعتها تقض أمن الجماعة وتزعزعها، ويتعين بالتالي ردع مرتكبيها.

٩٠١- تلك صور من القيم التي لخصتها النساكير، والتي لا يجوز المشرع أن ينتهكها وعلى الأخص من خلال جزاء جنائي يسقطها. ذلك أن المستوى ما قرر هذه القيم إلا لضمان المصالح التي ترتبط بها. وجميعها مصالح يتصل صونها بكرامة الإنسان التي يناهض حملها على الخضوع للسلطة حتي لا ينطق، ولباسها حتي يعزل عن غيره، ولقسوتها ولو كان فعلها تعظيماً أو تنكيلاً أو مصادرة للحق في الكلمة، أو للحق في الإبداع، أو للحق في تكامل الشخصية، أو للحق في حرية مفتوحة أبوابها، وفي وسائل العيش تنهياً طارئاً، وأشكالا من الاختيار تتمدد دروبها، ونوافذ من المعرفة عريضة مدخلها، وروافد للملكية الخاصة لا يجوز أن تخلل حرمتها، فذلك كله بعيد عن تدخل المشرع، وعلى الأخص من خلال جزاء جنائي ينال من الدائرة المنطقية لكرامة الإنسان التي تفترض ألا يستعبد، وأن يصل، وأن يطور من ظروفه وملكوته، وأن يشق باجتهاده طريقه إلى حياة أفضل، فلا يصعد وجهه لغير الله تعالى إذا حزبه أمر.

٩٠٢- ويؤثر الإبداع في العلوم والفنون في حياة الدول جميعها، ويعطيها وجهها المشرق، ويكفل حيوتها وتقدمها، واتصال مظاهر التطور فيها بأسيابها وبالأمال المعقودة

عليها. ولا يجوز بالتالي أن يتقيد الإبداع بقيود لا ينطلق معها إلى الأفاق الجديدة التي يتعين أن يتقنهما، ولا أن يكون من شأن هذه القيود الحد من تشجيعه ثوباً وانطلاقاً. بل إن الحق في الإبداع يكاد أن يكون من الحقوق التي لا يجوز تقييدها مالم يكن في بعض صورته، منافياً للقيم الخلقية في أصولها وثوابتها، أو ملحقاً الإنسانية أضراراً لا يجوز القبول بها، أو منقوضاً من وجه آخر، الفرائض الطمعية في جوهر مكوناتها.

٩٠٣- وعن كلمة الإنسان، يتفرع الحق في الحرية بما يؤمنها ضد القبض والاعتقال غير المشروع، ويصون أدواتها في التعبير، وركائزها في العقيدة وقواعد ممارستها، ومتطلباتها في الانطلاق بالخلق والابتكار إلى آفاق لا حدود لها، لتصفو حرية اللبث والعقل والضمير، ولتكوين أسرة تكون هي الخطوة الأولى في التقدم.

٩٠٤- تلك صور من الفرائض التي تستلهمها النظم الديمقراطية أو تقوم عليها، ولا يجوز لقانون جنائي أن يشرع على خلافها، وإلا ناقض الدستور. ولا يجوز كذلك في إطار هذه النظم الديمقراطية أن ينال المشرع من جوهر الحق أو الحرية، أخذاً في الاعتبار أن هذا الجوهر Nucleus هو النطاق المنطقي لمباشرتهما ولتحقيق فعليتهما. ذلك أن الحقوق والحريات جميعها مردها إلى مصادرها التي يستقيم بها وجودها. فلا يخلل ببيان الحق أو الحرية من خلال قيود غير مبررة، سواء في مضمونها، أو وسائلها، أو أهدافها، على أن يكون مفهوماً أن النطاق المنطقي للحق أو الحرية، إنما يتحدد ليس فقط على ضوء حقيقة فحواه ودرجة اخلاص النصوص القانونية بصحيح مضمونه، وإنما كذلك على ضوء الآثار العملية التي رتبها والتي ترصدها الجهة القضائية لتحديد قدر تأثيرها في أوجه الحماية التي كفلها الدستور لحقوق المواطنين وحياتهم.

الفصل الثاني

القانون أداة تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم

أولاً

مفهوم هذه القاعدة

٩٠٥- ومواء ورد النص على حقوق المواطنين أو حرياتهم في الدستور، أو في وثائق إعلان الحقوق، أو كان المشرع مصدرها المباشر، فإن تنظيمها بأداة أدنى من القانون لا يجوز. وإنما يتم ذلك بقانون يحيط بها، أو يتناولها على الأقل في خطوطها الرئيسية، على أن تقرر السلطة التشريعية التي تدير بنفسها -ومن خلال أعضائها الذين يمثلون هيئة الناخبين- حواراً جاداً وحقيقياً وعلنياً حول موادها جميعها بعد بصورها بجوانبها المختلفة، ونظرها في مثالبها ومزاياها، وتقرر تحقيقها لأهدافها، والبدائل الأفضل لضمان الأغراض المقصودة منها.

فلا يكون الحوار حول مضمون القانون، ومقصده، خفياً وألقماً خلف جدران مغلقة. La publicité des débats parlementaires، وإنما يقوم هذا الحوار على آراء مختلفة يقارع بعضها البعض، وتتوعد اتجاهاتها، وتتعدد مدخلها، وتتراحم القيم التي تدور حولها. فلا تتوافق هذه الآراء فيما بينها، ولكنها قد تتعارض في جملتها، ليخرج القانون من رحمها على ضوء حلول توفيقية تزيل ما بين مواد القانون من تناقض وما بين المصالح المثارة فيه من تخالف، فلا يكون القانون في صورته النهائية غير حصاد آراء متوافقة -وعلى الأقل في العريض من خطوطها- لينجو من تدخل السلطة التنفيذية التي لا يجوز لها أن تؤثر في نصوص القانون بضغوطها أو بإغوائاتها؛ ولا أن تعطل مباشرة السلطة التشريعية لاختصاصاتها التي تمارسها في الحدود التي نص الدستور عليها. بما يجعل إقرار القانون عملية حذرة بطبيعتها، بعيدة عن الاندفاع أو السطحية، وقائمة على تطويل أحكامه وتقييمها، فلا يقر البرلمان قانوناً تهوراً أو استهواء^(١).

(١) Charles Debbasch ; Jean - Marie Pontier ; Jacques Bourdon et Jean Claude Ricci, Droit Constitutionnel et institutions politiques, 3e édition augmentée et corrigée, Economica pp.552-533

ثانياًاحتجاز الدستور مسائل بنواتها لتنظيمها السلطة التنفيذية،لا يمنع من تدخل البرلمان تشريعياً فيما مواها

وحتى في ظل الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ الذي اعتبر كافة المسائل التي لم يعهد الدستور بها إلى البرلمان، من طبيعة لائحة^(١)، يظل للبرلمان أن يشرع في كافة المسائل التي يتولاها وفقاً للدستور. وهي مسائل قد تبدو محدودة في نطاقها، ولكن يكفوها أنها تتناول في بعض جوانبها تحديد الضوابط الرئيسية التي يباشر المواطنون في نطاقها حقوقهم وحررياتهم بما يؤكد ضماناتها ويكمل بالتالي فعاليتها.

La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques

ثالثاًبين خلق القاعدة القانونية وتنفيذها

تعمل السلطة التنفيذية في حدود القوانين القائمة، وتحرص على تنفيذها في إطار مسؤوليتها ووفق واجباتها^(٢).

ومواء احتجز الدستور للسلطة التنفيذية مسائل تشريعية بطبيعتها، واختصها وحدها بتقرير القواعد القانونية التي تحكمها، أم تولى البرلمان وفقاً للدستور الولاية التشريعية بكامل مفردياتها، لتحيط القوانين التي يقرها بكل شأن عام، فإن عليها ألا تطلق يدها فيما يتولاها البرلمان أصلاً من الشؤون .

ولا يجوز لها بوجه خاص أن تنفذ قانوناً بما فيه تعطيل أو تعقيد لأحكامه أو إعفاء منها، ولا أن تحصل من البرلمان على تفويض غامض الأبعاد أو عرض الاستعاضة لتدخل به نفسها جانباً هاما أو رئيسياً من الولاية التشريعية، ولا أن تهبط بحقوق المواطنين وحررياتهم الأساسية إلى ما دون مستوياتها التي درج للعمل في الدول الديمقراطية على التقيد بها؛ ولا أن تعطل

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أن كافة المسائل التي لا تدخل

في مجال القانون، تكون لها طبيعة لائحة

Les matieres autres que celles qui sont du domaine de la loi, ont un caractère réglementaires.

(٢) يقع كثيراً أن يكلف البرلمان السلطة التنفيذية، بوضع اللائحة التنفيذية للقانون خلال أجل محدد، إلا أن

هذا الأجل لا يعتبر محددًا بقاعدة أمر لا يجوز تجاوزها، وإنما هو ميعاد تنظيمي فقط.

الانقاع بها بما يحيلها أعجز نخل خاوية لا قيمة لها سواء بقتل نواتها Nucleus أو بانقاصها من أطرافها.

رابعاً

مضمون القانون وطريقة تنفيذه

ليس كافياً أن توافق القوانين التي يقرها البرلمان نصوص الدستور في الأشكال التي تفرضها، والمضامين التي تقتضيها. ذلك أن طريقة تنفيذها هي الخط الفاصل بين تصوراتها النظرية وحققاتها العملية. وتبين بالتالي أن يكون تنفيذ القانون واقعاً في إطار المفاهيم التي التزمها الأمم المنحصرة في مجال ضمانها لحقوق المواطنين وحرياتهم، وعلى الأخص تلك التي منحها موثيق حقوق الإنسان، صفة دولية، كالحق في الحياة، وفي الحرية، وفي الملكية، وفي ضمان حرية التعبير.

بيد أن تنفيذ القانون يتأثر بما إذا كان مضمونه قد تحدد وفق ضوابط منطقية وازن المشرع من خلالها بين كافة البدائل التي لها صلة بموضوع القانون، واختار ألقها إرهاباً^(١)، وأقربها إلى تحقيق الأغراض التي يستهدفها، ولو لم يكن الدستور قد حصر حقوق المواطنين وحرياتهم في قائمة مغلقة. ذلك أن النص في الدستور على حقوق بنواتها، لا يفيد عدم استحقاق المواطنين لغيرها مما يتصل بالشئون التي تعنيهم، وترتبط آمالهم بها^(٢).

وقاعدة اختيار البديل الأقل إرهاباً، هي التي قننتها المحكمة الدستورية العليا وذلك من خلال تقريراتها التي تؤكد فيها ما يأتي:

ولاً: أن الحكم الشرعي - كلما كان تكليفاً - يفترض دوماً أن يكون مقدوراً للمكلفين دخلياً في وسعهم^(٣).

(١) يلاحظ أن اختيار البديل الأقل إرهاباً يندرج في إطار المفاهيم التي ألت بها الشريعة الإسلامية التي تمنع إيقاع الناس في الحرج.

(٢) يقضى التعديل التاسع للمستور الأمريكي بأن النص في الدستور على حقوق بعينها لا يجوز أن يفسر بمعنى إنكار حق الشعب في الحقوق الأخرى التي استبقاها لنفسه. أنظر في ذلك:

The federalist No. 84 (Modern Library ed. 1937) 3 story, commentators on the Constitution of the United States 1898 (1933).

(٣) القضية رقم ٢٤ لسنة ١٩ ق "دستورية" جلسة ١٩٩٨/٧/٧ - قاعدة رقم ٧٩ - ص ١١٢٧ من الجزء الثاني من مجموعة أحكام المحكمة.

ثانياً: لئن كان الاجتهاد حقاً لولى الأمر ينظر فيما يعرض عليه من المسائل ليقرر الحلول التى تلائمها إخماداً للثرثرة وإنهاء للتنازع والتناحر، إلا أن ولى الأمر ملازم بالآلا يشرع حكماً يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسراً، وإلا نقض قوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج" (١).

وإذ يفاضل المشرع بين حلول مختلفة فى شأن الموضوع محل التنظيم ليختار أنسبها لحكم العلاقات القانونية التى تولدها، فإن هذه الحلول جميعها يتعين أن توافق الدستور.

خامساً

التقييد الجائز على حقوق المواطنين وحرياتهم

ليس للدستور -على حد قول المحكمة الدستورية العليا- مجرد تنظيم إجرائى يحدد لكل سلطة تخوم ولايتها وقواعد الفصل بينها وبين غيرها من السلطات، وإنما يبلور الدستور أصلاً قيماً وحقوقاً لها مضامين موضوعية كفل حمايتها وحرص على أن يرد عنها كل عدوان حتى لا تفقد قيمتها أو تنحدر أهميتها. ولا تفصل هذه القيم وتلك الحقوق عن الديمقراطية فى شكلها الأكثر تطوراً، ولكنها تقارنها وتقيم أسسها وتكفل إنفاذ مفاهيمها (٢).

ولا يجوز فى إطار هذه المفاهيم مصادرة الحقوق أو تهيشها أو انتقاصها من أطرافها أو الهيوط بمستوياتها إلى حدود لا تقبلها الدول الديمقراطية (٣).

فذلك كله مما لا يجوز أن يصدر عن المشرع سواء فى قانون أو فى قرار بقانون (٤). ذلك أن المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا من بعدها، وإن أجازتا أن ينظم للقرار

(١) القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ ق دستورية - جلسة ٥ يوليو ١٩٩٧ - لقاعدة رقم ٤٦ ص ٦٩٨-٦٩٩ من الجزء الثامن. والقضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق دستورية - قاعدة رقم ١٢ - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ ص ١٦٩ وما بعدها من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. أنظر كذلك القضية رقم ١٤ لسنة ١٦ ق دستورية - جلسة ١٥ يونيو ١٩٦٦ - قاعدة رقم ٤٧ ص ٧٢٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ ق دستورية - جلسة ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٤ ص ٩٢٣ من الجزء الثامن.

(٣) القضية رقم ١٣٢ لسنة ١٨ ق دستورية - جلسة ٣ يناير سنة ١٩٩٨ - قاعدة رقم ٩٤ ص ١٠٦٧ من الجزء الثامن.

(٤) تقرر المحكمة الدستورية العليا فى حكمها الصادر بجلستها المعقودة فى ١٩٩١/١٢/٧ فى القضية رقم ١٥ لسنة ٨ ق دستورية - قاعدة رقم ٩ - صفحة ٣٥ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس، أن المراسيم بقوانين التى تصدر طبقاً لنص المادة ٤١ من دستور ١٩٢٣ لها بصريح نصها قوة القانون. ومن ثم تتناول هذه المراسيم بالتنظيم كل ما يتناوله القانون.

بقائهم كافة المسائل التي يجوز أن يتناولها القانون؛ وكان البعض قد انتقد اتجاه هاتين المحكمتين إلى مساواة القرار بقانون بالقانون في شأن المسائل التي ينظمها -على الأخص في مجال حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية- إلا أن قوة القانون تتحقق في كل قرار بقانون يصدر عن رئيس للجمهورية طبقاً للمادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور، ما لم تسقط هذه القوة في الأحوال المنصوص عليها في هاتين المادتين. وقوة القانون هذه هي التي تكفل مساواة القرار بقانون بالقانون بمعنى الكلمة في مجال جواز تنظيمهما للحقوق عينها. وإن تعين القول بأن تنظيم الحقوق بقانون هو الأصل فيها، وأن تناولها بقرار بقانون هو ما ينبغي التحوط فيه باعتبار أن كل قرار بقانون لا يتوافر في إصداره الفرص الحقيقية التي للقانون في مجال إقراره من حوار جاد يتم بالحوية والتفكير، حول مضمون القانون والآثار التي يترتبها.

مبانيا

التمييز بين قيود يفرضها الدستور

وبين قيود يفرضها المشرع على استعمال الحقوق

ويتعين دوماً في مجال القيود على مباشرة الحقوق، للتمييز بين نوعين من القيود:

أولهما: قيود يفرضها الدستور على مباشرة بعض الحقوق، فلا يكون الدستور غير مصدر مباشر لها. وهذه لا يجوز لأحد أن يعارض الدستور فيها، وإنما يتعين قبولها بحالتها وتطبيقها على المخاطبين بها، إما كان قدر معقوليتها أو أثرها على الحقوق محلها^(١).

ثانيهما: قيود يكون المشرع مصدرها المباشر. وتتعدد صور هذه القيود لتراقبها المحكمة الدستورية لطايا جميعها فصلاً في اتفاقها أو مخالفتها للدستور. وشرط جوازها ألا تخط بالدائرة المنطقية التي يعمل فيها كل حق. فالحق في الدفاع لا يجوز أن يعاق بما يفقده محتواه أو يجرده من قيمته العملية. وكذلك الشأن في الحقوق جميعها، كالحق في العمل أو في

(١) القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق دستورية- جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥- قاعدة رقم ٤١- من ١٥٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة. (ولاحظ أن من بين القيود التي يفرضها الدستور مباشرة تلك التي تتعلق بحق الانتخاب وفترتيه ذلك أن المادة ٨٧ من الدستور، تستوجب أن يكون نصف عدد أعضاء مجلس الشعب- على الأقل- من العمال والفلاحين. كذلك تنص المادة ٢٦ من الدستور عن أن يكون لصفار الفلاحين و صفار الحرفيين، ٨٠% على الأقل من مقاعد مجالس إدارة الجمعية التعاونية الزراعية أو الجمعية التعاونية الصناعية).

ضمان حرمة خواص الحياة والحق في الملكية. ذلك أن الحقوق جميعها لا يجوز تنظيمها على نحو يخل بموازينها، أو بما يدمر أصلها. أو يحولها هباءً منثوراً.

سابعاً

ضابط عام في شأن دستورية القيود التي يفرضها المشرع

ولا شأن للرقابة على الدستورية بما إذا كان إقرار القانون في وقت دون آخر ملائماً أو غير ملائم، ولا بالسيسة التي ينتهجها المشرع في مجال تنظيمه لبعض الحقوق، ولو تواتر على تطبيقها، ما لم يبلور بها -رِصوغ على ضوئها- مفاهيم يناهضها الدستور^(١)

ولا شأن لهذه الرقابة كذلك بالتعارض بين نصي قانونين يتحدان أو يختلفان في مرتبتيهما، إذا لم تكن نصوص الدستور طرفاً في هذا التعارض. ذلك أن مخالفة لألحة لقانون، أو مخالفة قانون لقانون، يصم المخالفة بسبب عدم المشروعية. وهو عيب لا يجوز أن تفصل المحكمة للدستورية العليا فيه.

ذلك أن ولايتها في المسائل الدستورية حذرة بطبيعتها، وتحملها على عدم الخوض في هذه المسائل كلما كان تجنبها ممكناً. فإذا وجد أساساً لإلغاء وإبطال نص قانوني، وكان أحدهما يستند إلى مخالفة نص قانوني لقانون قائم، وثانيهما إلى مخالفة هذا النص القانوني للدستور، فإن النعمى على هذا النص بخروجه على القانون، يتقدم المخالفة الدستورية. ولا تتوافر للطاعن بالتالي مصلحة في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا لتقرر مخالفة هذا النص للدستور.

ثامناً

دائرة التأثير المتبادل بين الحقوق

لا تتفصل الحقوق التي ينص الدستور عليها أو التي يكتلها المشرع عن بعضها البعض. ذلك أن الحقوق جميعها -رِكاًصل عام- تتواصل فيما بينها ليؤثر كل منها في الآخر. ومنها ما يعتبر مكملاً لغيره من الحقوق. فحرمة المنازل يتقويها أنها فرع من الحق من ضمان خواص الحياة. وإرادة الاختيار التي تستلهمها فيما تدخل فيه من العقود، يبسطها أنها فرع من الحرية

(١) القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ ق دستورية - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ٨٨ - من ١٢١٢ - ١٢١٣ من الجزء الثامن.

الشخصية. والحصانة التي يفرضها الدستور على أعمال بذواتها، يتعين النظر إليها من خلال أثرها على حقوق الملكية التي تجردا هذه الحصانة من مشتملاتها^(١).

وحرية التنظيم النقابي ينشطها أحد فرع من حرية الاجتماع. وحق الإنسان في تكوين أسرة مؤداة أن يختار من يدخل فيها، ليكون أبناؤه مشمولين برعايتها، وبالحقوق التي كفلها للدستور لها.

وهذه الصلة بين الحقوق بعضها البعض، يدخلها في منظومة متكاملة لا يجوز أن يغض المشرع بصره عن بعض أجزائها. وإنما تتساند هذه الحقوق إلى بعضها، وتتبادل التأثير فيما بينها بما يحيط بالصورة الإجمالية لها، وبالمفاهيم الكلية التي تشملها، وبالمريض من خطوطها الرئيسية. بل إن إمعان النظر في هذه الحقوق - على ضوء الصلة التي تربطها ببعضها - يدل على أنها تتوافق ولا تتنافر فيما بينها، وأن منها ما يعتبر ضمناً إضافياً لغيره، أو مبلوراً معناه بصورة أفضل، أو كلاً تطوراً.

كذلك فإن الصلة بين الحقوق وبعضها، لازماً أن يدخلها المشرع في اعتباره فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية لتنظيمها. فإن لم يأخذها في حسابه، آل ذلك إلى تخبط النصوص القانونية في حركتها نحو تحقيق الأغراض التي تستهدفها، فلا تتناغم أجزاؤها، وإنما ينفرط لتسايقها ويختل نسيجها العام.

فحق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس التمثيلية، لا ينفصل عن حق الناخبين في الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يتقون فيه من بينهم. وهما بذلك حقان مرتبطان يتبادلان التأثير فيما بينهما. ولا يجوز بالتالي أن تفرض على أيهما تلك القيود التي لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها، أو بما يكون كافلاً لإنصافها وتنفق الحقائق الموضوعية المتعلقة بها.

فالنظم الانتخابية جميعها، تفرض تكافؤ فرص التمثيل فيها، وتوازن عرض المرشحين في الحصة الانتخابية لأنهم في نطاقها، وإعلان كل منهم عن الأموال التي ينفقونها فيها ومصادرهما، بما يكل ضبط العملية الانتخابية لضمان حيديتها، فلا يصادر المشرع آراء فيها

(١) القضية رقم ١٣ لسنة ١٠ ق "مستورية" - جلسة ٤ أكتوبر ١٩٩٧ - قاعدة رقم ٦٢ - ص ٩٠٦ ومبجدها من الجزء الثامن.

بالنظر إلى مضمونها، ليعوق اتصال الناخبين بها، وعلى الأخص من خلال تحديده مكان الحملة الانتخابية أو زمنها^(١).

كذلك فإن حق النقابة في أن تحدد بنفسها وسائل تحقيقها لأغراضها لا ينفصل عن انتهاجها الديمقراطية لملوبا وحيدا يقيس على نشاطها ويكمل بناء تشكيلاتها وفق الإرادة الحرة للعمال المنضمين إليها، بغض النظر عن آرائهم ومعتقداتهم أو توجهاتهم.

فلا يجوز بوجه خاص إرهابها بقيد تتصل مباشرة لوظائفها، ولا أن يكون تمتعها بالشخصية الاعتبارية مطلقاً على قبولها الحد من ممارستها، ولا تأسيسها موقفاً على إذن من الجهة الإدارية، ولا أن تحل هذه الجهة نفسها محل المنظمة النقابية فيما تراه لكل لتأمين مصالح أعضائها والنضال من أجلها.

تاسعا

تعدد وسائل الإخلال بحقوق المواطنين وحرياتهم، يبطئها جميعها

من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن النصوص القانونية هي المدخل لتحقيق الأغراض التي يتوخاها المشرع من تنظيمه الحقوق جميعها. وشرط ذلك أن تكون هذه النصوص مؤدية عقلا لتحقيق الأغراض التي ربطها المشرع بها، فلا يكون اتصال هذه النصوص بتلك الأغراض مفتعلا قائما على القوهم وإنما يكون اتصالها بها حقيقيا ومنطقيا في آن واحد. ويفترض ذلك في المشرع إدراكه لمضمون كل حق، ولحقيقة الأغراض التي ينبغي أن يستهدفها أو التي حددها الدستور ورسمها.

فحرية التعبير هي الطريق لبناء نظم ديمقراطية تتعدد معها مراكز اتخاذ القرار، تتسم بتسامحها مع خصومها، وبمسئوليتها قبل مواطنيها، ويراضها لكل قيد يدخل بمصدقيتها، وإستجابتها بالإقناع لإرادة التغيير، وطرحها من خلال الحوار لبدائل يفاضلون بينها لاختيار أصلها.

ومن ثم يتحدد مضمون حرية التعبير من مطلق أن الآراء على اختلافها لا يجوز إجهاضها، ولا مصادرة أوقاتها، ولا فصلها عن غايتها، ولو كان الآخرون لا يرضون بها، أو يناهضونها، أو يرونها مناقية لقيم محدودة أهميتها أو يحيطون ذروعها بمخاطر منتحلة

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق دستورية- جلسة ٧ فبراير ١٩٩٨- قاعدة رقم ٤٨- ص ١١٧١ - ١١٧١ من الجزء الثلاثين.

يدعونها، وبوجه خاص لا يجوز اقتلاع حرية التعبير بالنظر إلى مضمون الآراء التي تروجها^(١).

ويناقض حرية التعبير بالتالي، أن ينظمها المشرع بما يجعل الناطقين بالكلمة، يخفون من مفبتها عليهم. وفي ذلك خروج على المضمون الحق لحرية التعبير التي تكفل تدفق الآراء وإتساعها بغض النظر عن مصدرها أو محتواها، ودون ما اعتداد بمن يتلقونها أو يطرحونها، وبمراعاة أن الحق في الحوار العام، يفترض تساويها في مجال عرضها وتسويقها.

كذلك فإن شفافية العناصر التي يدور الجدل حولها، مؤداة حظر حجبها أو تشويهها أو تزييفها^(٢).

عاشراً

صور من القيود غير المبررة على مباشرة الحق أو الحرية

الأصل في حقوق المواطنين وحياتهم التي لم يمنعها المشرع، أنها تدخل في دائرة المباح. فإذا نظمها المشرع بقانون، تعين أن تكون القيود عليها في أضيق نطاق ومن طبيعة القيود التي يجوز القبول بها في الدول الديمقراطية مجتمعاتها.

وكما كان الغرض من هذه القيود إزهاق مخاطر يخل بها النظام العام، تعين حصرها في نطاق الضرورة التي تقتضيها، وأن يكون أثرها فعالاً في تقويض أو تقليص هذه المخاطر كإفلا تتناسب معها Nécessaire, efficace et proportionnée à l'importance du désordre وهو ما يقتضى النظر في أمرين:

أولهما: عمق الدائرة التي تتناولها هذه المخاطر بآثارها.

ثانيهما: ما إذا توافر بديل عن هذه القيود، يكون أقل حدة منها، وأدنى لتحقيق أهدافها.

فإذا جاوزت تلك القيود بمداها حقيقة المخاطر التي تولجها، أو لم يكن لها بها من شأن، تعين إبطالها.

وتكون القيود على حقوق المواطنين وحياتهم منافية لطبيعتها ولمتطلباتها في فروض كثيرة يندرج تحتها:

(١) القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩ ق "مستورية" ص ١١٦٨ و ١١٧٠ من الحكم السابق.

(٢) ص ١١٧٠ من الحكم السابق.

أولاً: أن تمارس الإدارة سلطاتها البوليسية لتعلق انتفاع المواطنين ببعض حقوقهم وحررياتهم التي كفلها الدستور أو القانون، على شرط إخطارها مسبقاً بحزمهم على مباشرتها^(١)، وهو ما لا يجوز. ذلك أن شرط الإخطار ليس من الفرائض التي علق الدستور عليها هذه المباشرة. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا في مجال بيانها لحدود حرية التعبير، وذلك بقولها بأن هذه الحرية لا يجوز تقييدها بأغلال تعوق ممارستها، سواء من ناحية فرض قيود مسبقة عليها، أو من جهة العقوبة اللاحقة التي تتوخى لمعها^(٢).

ثانياً: أن تعلق الإدارة مباشرة بعض حقوق المواطنين على تراخيص مسبقة *L'autorisation préalable* تصدرها وفق مطلق تقديرها لمنحها أو منعها بإرادتها بما ينافض حقيقة أن فرائض هذه الحقوق أو متطلباتها لا شأن لها بمثل هذه التراخيص التي تعوق مباشرتها.

ولئن جاز القول بأن الحصول على هذه التراخيص قد يكون ضرورياً كشرط لمباشرة بعض المهن، ولضمان حق المواطنين في صحتهم أو سكينتهم، إلا أن شروط هذه التراخيص التي لا نزاع في أهميتها وضرورتها في هذه الأحوال، حدها قواعد الدستور^(٣).

ثالثاً: أن تكون القيود التي فرضتها الإدارة على حقوق المواطنين أو حرّياتهم التي تنظمها، تزيد وطأتها على تلك المقررة بالقوانين الصادرة في شأنها. ذلك أن القيود الأشد التي

(١) كان تجل عند اجتماع معين، متوقفاً على إخطارها مسبقاً بالاتجاه إلى عقده، حتى إذا حضره المجتمعون تعيّنهم في أوزالهم أو هددتهم في حريتهم، أو بشرت ضدهم بتدابير قمعية لحملهم على فسخ الاجتماع. كذلك ينافض شرط الإخطار المسبق، المضمون الصريح للحق أو الحرية. إذ لا يدخل هذا الإخطار في مكوناتها، ولا هو من متطلبات إنفاذها. ويتعين بالتالي أن يعامل كشرط مضاف يعطل أريقيد الحق أو الحرية، ويؤثر بالضرورة على تحقيقها لأهدافها.

(٢) القضية رقم ٦ لسنة ١٥ ق دستورية - جلسة ١٥ أبريل ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٤٦ - ص ٦٤٥ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

(٣) يرفض المجلس الدستوري الفرنسي تعليق مباشرة الصحافة المكتوبة لحرية تداول الآراء والأفكار على ترخيص مسبق *L'autorisation préalable* ولكنه يجيز ذلك بالنسبة إلى وسائل الإعلام المرئية كالتلفزيون. C. C. 86-217 DC, 18 sep. 1986, R.p. 141. ولا كذلك منع الاعلان عن الطباخ أو المواد الكحولية بقصد ترويجها ذلك أن هذا المنع وإن كان يغل بفرص تسويقها ويضر بحقوق الملكية وحرية المشرع الخاص، إلا أن ذلك المنع يستهدف الحفاظ على صحة المواطن.

C. C. 90 - 283 DC, 8 Janv. 1991, R.p. 11.

تفرضها السلطة التنفيذية، تبلور لحرارتها في استعمال سلطتها وترفق المخاطبين بها دون مقتض.

رابعاً: أن تدخل الإدارة بالمجال المحجوز للقانون بنص الدستور من خلال لوائحها التي تصدرها بإرادتها المنفردة، والتي لا تتوافر لها الإجراءات المطولة والبطيئة *Lente et longue* التي تستغرقها عملية صناعة القانون. ذلك أن البرلمانيين يوجهون اهتمامهم إلى كل مادة يحتويها مشروع القانون المعروض عليهم، وينظرون في مثالبها ومزاياها، وما هو قائم من توافق أو تعارض بين مواد مشروع القانون. والبرلمانيون يوجهون ذلك كله من خلال آراء يطرحونها علانية - وقد تتناقض فيما بينها - *Une débat public et contadictoire* على ضوء فهمهم لإبعاده، ولحقيقة المصالح التي استهدفها، لإخراج القانون - بعد إقراره وإصداره - في الصورة التي أرادها. فلا يكون إلا تعبيراً غير مباشر عن إرادة هيئة الناخبين التي يفترض ألا تنتم بالانتفاع أو الإهمال، وتكفل قواعد القانون المجردة، مساواة المخاطبين بها في مجال تطبيقها. كذلك فإن تعمق البرلمانيين مواد مشروع القانون قبل إقراره، يزيده ثراء، ليكون القانون والقضاء المحليون كفلاء لحقوق المواطنين وحياتهم^(١).

والقانون في كثير من النظم من عمل برلمان مؤلف من مجلسين، فلا يكون ثانيهما - وهو الأعلى بحكم تشكيله - غير ضمن لمزيد من البحث، ولروية أعمق وأشمل^(٢).

خامساً: أن تصدر السلطة التنفيذية تشريعا وقائيا يخلوها إتخاذ تدابير مائة *L'interdiction* تصدرها في نطاق سلطاتها البوليسية، كحظرها لنظاهرة في الطريق العام تدخل في نظرها بالأمن، وخطورة هذا الإجراء أن مجرد الطعن قضائيا في أوامرها المانعة، لا يوقف تنفيذها، وأن الحصول على التعويض عن أضرارها، كثيراً ما يكون متراجحاً^(٣).

حادى عشر

أهمية تنظيم القانون لحقوق المواطنين وحياتهم الأساسية

يقيد القانون حقوق المواطنين وحياتهم، ويؤثر بالتالى في كيفية مباشرتهم لها، وفي نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجالها سواء من خلال التدابير الفردية التي تتخذها في حالة بذاتها أو عن طريق لوائحها التي تنقسم بعموم تطبيقها.

(١) C. C. no. 84- 181, DC, 10-11 Oct. 1984.

(٢) Charles Debbasch- Jean Marie Pontier- Jean Claude Ricci- Jacques Bourdon, Droit constitutionnel et Institution politiques 3 e édition augmentée et corrigée, Economica, p. 545.

(٣) Jacques Robert avec la collaboration de Jean Duffar, Droits de l'homme et libertées fondamentales, 5e édition, pp. 105-112.

كذلك فإن حقوق المواطنين وحرياتهم يتحدد نطاقها على ضوء عمق القيود التي يفرضها المشرع عليها، وما إذا كان البرلمان يأخذ شكل ولجة للسلطة التنفيذية يجيبها إلى نزواتها، ويفوضها في الخطير من الشئون التي يتولاها، ويعد إليها - فيما يقره من القوانين - بتفصيل مبادئها الكلية والعريض من خطوطها الرئيسية، فلا تكون السلطة التنفيذية التي انساق البرلمان إليها وأطاعها فيما تريد، وتغلى لها عن بعض مظاهر الولاية التشريعية، تابعة للبرلمان Un pouvoir subalterne تعمل في إطار النظم القانونية التي يقرها، ولكنها تصنعها بيد البرلمان تابعها وحليفها. وفي ذلك خروج على مفاهيم الديمقراطية^(١).

ثاني عشر

التنظيم الأولي لحقوق المواطنين وحرياتهم

قد يتعلق الأمر بحقوق المواطنين تعتبر من قبيل الحقوق الطبيعية، فلا يكون تنظيمها بقانون إلا تقريراً لحقيقة قانونية هي أنها أولى من غيرها بالحماية. لأنها جزء من تكوين الإنسان خلق ليعيش في رحابها، فلا يتفصل وجوده عنها.

وقد انتقد كثيرون مفاهيم الحقوق الطبيعية بالنظر إلى غموضها وتميعها واستعصائها بالتالي على التحديد الحازم لضبطها؛ إلا أن تقرير هذه الحقوق - التي تدرج الحرية الشخصية تحتها وكذلك الحق في الحياة، والحق في التنقل وإرادة الاختيار للدخول في العقود الملائمة أو الضرورية - مرده إلى الفطرة وإلى البداهة العقلية. فالتأني جميعهم - وعلى تباين ملكاتهم وخصائص تكوينهم النفسي والعقلي - كانوا يتمتعون أصلاً بها قبل انخراطهم في تنظيم اجتماعي مما قبلوا الدخول فيه إلا بقصد ضمان هذه الحقوق بصورة أفضل من خلال تبادل الانتفاع بها، ولتأمين المصالح التي التي تضمهم إلى بعض في مجال مباشرتها.

ثالث عشر

نطاق الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم

لا تنحصر حقوق المواطنين وحرياتهم في تلك التي نص عليها الدستور أو التي كفلها المشرع، ولكنها تشمل مجموع حقوقهم وحرياتهم المقررة دستورياً وتشريعياً، وكذلك كل ما يندرج ضمناً تحتها ويعتبر من مشمولاتها. بل إن التطور الراهن لحقوق المواطنين وحرياتهم

(١) Jean Rivero, "Pour un executive qui execute", la Croix, 16 mai 1973; Jacques Robert, "La dialogue démocratique", la Croix, 16 April 1975.

الأساسية يتأبى على حصرها في قائمة مغلقة، ويجعل هذه القائمة مفتوحة لكل جديد يكملها ويطورها.

والى هذه القائمة المفتوحة والمتجددة مفرداتها، تمد المحكمة الدستورية العليا بصرها لتحيط بها في كل تطبيقاتها. لا فارق في ذلك بين نصوص قانونية صاغها المشرع وفقاً لمعيار مبرن لضمان استيعابها لأوضاع تتغير ظروفها وملابساتها، وبين نصوص قانونية أفرغها المشرع في قوالب جامدة لتوحيد الحكم للقانوني في شأن للصور المختلفة لتطبيقها^(١).

(١) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ قضائية دستورية، - جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ - قاعدة رقم ١٢ من ١٧٥ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة. ويلاحظ أن من صور القواعد الجامدة التي يلجأ إليها المشرع لتنظيم الحقوق، حدود النين في بيع عقار القاصر وجزاء المدول عن العربون وفوائد التأخير. وتقوم معايير الإكراه والاستغلال المنصوص عليها في القانون المدني وكذلك ما يعتبر غلطا جوهريا أو تليسا، أو باعثا دافعا إلى التعاقد، على ضوابط مرنة تختلف تطبيقاتها من حالة إلى أخرى.

الفصل الثالث

السلطة التشريعية بين التفكير والتقدير

المبحث الأول

الاختصاص المطلق للبرلمان في تنظيم

المسائل جميعها عدا تلك التي احتجزها الدستور السلطة التنفيذية

٩٠٦- تتولى السلطة التشريعية إقرار كافة القوانين الملائمة والضرورية لتنظيم أوضاع مجتمعها، غير مقيدة في ذلك لا بطبيعة المسائل التي تتناولها هذه القوانين، ولا بنوع المصالح التي تؤثر في تشكيل أحكامها، ولا بحقيقة الأغراض التي تتوخى تحقيقها من وراء إقرارها.

وحسبها أن تكرس في ذلك كله حدود الدستور، لا استثناء من هذه القاعدة، إلا أن يكون الدستور قد عهد إلى السلطة التنفيذية بأن تنظم مسائل بذواتها تدخل أصلاً في الولاية التشريعية، ليكون اختصاصها بتنظيمها أصيلاً، وموزياً لاختصاص البرلمان فيما تقره هذه القوانين.

ذلك أن السلطة التنفيذية تبشر في هذا الفرض ولاية تشريعية بذاء على نص في الدستور احتجز مسائل بذواتها لها وقصرها عليها لتشريع فيها مثلما يشرع البرلمان في المسائل التي أفرد الدستور بها.

وهو ما نراه في فرنسا التي وزع دستورها لعام ١٩٥٨ الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية، فاختص البرلمان بالمسائل التي حصرها في المادة ٣٤ من الدستور، وجعل ماعداءها -على ما تقتضي به المادة ٣٧ من هذا الدستور- من طبيعة لائحة لتفرد السلطة التنفيذية بها، فلا يزاحمها البرلمان فيها.

وهذا الاختصاص الموزع في نطاق الولاية التشريعية بين كل من البرلمان والسلطة التنفيذية، تؤكداه المادتان ٣٤، ٣٧ من ذلك الدستور، ونصهما الآتي:

مادة ٣٤

يقترح البرلمان على للقوانين.

يحدد القانون القواعد المتعلقة بـ:

- الحقوق المدنية للمواطنين، وكذلك الضمانات الأساسية لمباشرة حرياتهم العامة؛
- وفرائض الدفاع الوطني التي يتحمل المواطنون بها في أشخاصهم وأموالهم.
- الجنسية والحالة وأهلية الأشخاص والنظم المالية للزوجين والميراث والهيئات.

- تحديد الجنايات والجنح وكذلك عقوباتها، والإجراءات الجنائية، والنفو العام، وإحداث نظم قضائية جديدة والنظم التي تحكم القضاة.

وعاء الضريبة ومعدلها وشروط رد كافة الفرائض لئلا كانت طبيعتها، ونظام إصدار العملة.

ويحدد القانون أيضا:

- قواعد النظام الانتخابي لمجلسي البرلمان والهيئات التشريعية المحلية.

- القواعد المتعلقة بالتأميم وبتحويل ملكية المشروع من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وقواعد إنشاء أنواع من المؤسسات العامة، وكذلك القواعد المتعلقة بضمانات الموظفين المدنيين والعسكريين.

ويحدد القانون أيضا المبادئ الأساسية للتنظيم العام للدفاع الوطني؛ وللإدارة الحرة لوحدة الحكم المحلي ولخصائصها ومواردها؛ ولتنظيم؛ ولنظام الملكية وللحقوق العينية؛ وكذلك لكل التزام -مدنيا كان أم تجاريا- وللحق في العمل؛ وللحق في التامين الاجتماعي؛ وللحق النقابي؛ وللقوانين المالية التي تحدد موارد الدولة ونفقاتها وفق الشروط وتحت التحفظات التي يبينها قانون عضوي. كذلك يحدد القانون المبادئ المتعلقة ببرامج الدولة الاجتماعية والاقتصادية.

وتنص الفقرة الأخيرة من المادة ٣٤ على أن أحكام هذه المادة يجوز تعديلها وتكملتها بقوانين عضوية.

مادة ٣٧ ونصها الآتي:

فقرة أولى: تعتبر من طبيعة لائحية، كافة المسائل التي لا تدخل في النطاق المحجوز للقانون وتبين من نص المادة ٣٤ .

فقرة ثانية: النصوص القانونية ذات الشكل التشريعي التي تتدخل في المجال اللائحي، يجوز تعديلها بمراسيم بعد أخذ رأي مجلس الدولة. فإذا كان التدخل بهذه النصوص في المجال اللائحي واقعا بعد دخول هذا المستوى في مرحلة التنفيذ، فلا يجوز تعديلها بمرسوم ما لم يقرر المجلس الدستوري أنها من طبيعة لائحية وفقا لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة.

ويبين من نص المادة ٣٤:

أولاً: أن اقتراح البرلمان على قانون، موداه أن السلطة التشريعية معقودة لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ الذين يكونان البرلمان معاً، وليس لرئيس الجمهورية بالتالي دور في عملية الاقتراح على القانون.

ثانياً: أن المادتين ٣٤، ٣٧ من الدستور الفرنسي تنظمان عملية تقسيم الاختصاص فيما بين السلطة التشريعية التي تقتصر على القانون، والحكومة التي تباشر سلطاتها اللاحقة من خلال مراسيم تصدرها. وعلى ضوء عملية التقسيم هذه لا يباشر البرلمان ولاية تشريعية في غير المسائل التي لفرد الدستور بها، ليدخل ماعداها في نطاق اختصاص السلطة التنفيذية بوصفها مسائل من طبيعة لاحقة.

وهو ما يعني أن ينحصر اختصاص البرلمان في مسائل بذواتها، أحصاها الدستور Limitativement énumérées ليتولاهما البرلمان دون غيره وأن اختصاص السلطة التنفيذية بما عداها، موداه أن تنسم ولايتها في مجال تقرير القواعد القانونية بالعموم *compétence du droit la commun*. وليس للبرلمان الفرنسي بالتالي أن يشرع كالبرلمان البريطاني في كل شيء إلا أن يحول الرجل إلى امرأة.

كذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧ المشار إليها، على أن كل النصوص القانونية ذات الطبيعة التشريعية الصادرة قبل الدستور، والتي صار الاختصاص بها داخلاً في ولاية السلطة التنفيذية عملاً بالفقرة الأولى من هذه المادة، يجوز تعديلها بمرسوم بعد أخذ رأي مجلس الدولة.

فإذا أقر البرلمان بعد العمل بهذا الدستور نصوصاً قانونية تدخل في المجال اللاحق وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٧ المشار إليها، فلا يجوز تعديلها بمرسوم، إلا إذا قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن لهذه النصوص، طبيعة لاحقة.

المطلب الأول

نطاق اختصاص السلطة التنفيذية

٩٠٧- وسواء تعلق الأمر باختصاص السلطة التنفيذية في مجال إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين، أو اللوائح القائمة بذاتها والتي تستقل في وجودها عن قانون قائم تصدر تنفيذاً لأحكامه - كلوائح الضبط واللوائح المتعلقة بتنظيم المرافق العامة؛ وسواء كان اختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع مما يدخل في نطاق وظائفها الطبيعية، أو يخرج عن المجال الطبيعي لولايتها؛ فإن الرقابة القضائية تتبسط على كافة القواعد القانونية التي تصدرها، وذلك في الدول التي تفرض هذه الرقابة على النصوص القانونية جميعها، أيا كان موقعها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها.

ولئن كان الأصل هو جواز الطعن أمام محكمة مجلس الدولة في القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة كلما شابها عوار يفصل بانحرافها في استعمال سلطاتها، إلا أن النصوص للاتحية جميعها يجوز إبطالها لمخالفتها للدستور بعد عرض هذه المخالفة على الجهة القضائية التي تتولى الرقابة على الدستورية، وتبقيها من صحتها.

ومواءم تعلق الأمر بالمشط في استعمال السلطة، أو بمخالفة القواعد القانونية للاتحية للدستور، فإن الجزء في الحالتين هو إلغاء القرارات الفردية التي جاوزت بها الإدارة حدود سلطاتها، أو إبطال القواعد القانونية التي خرجت بها على حدود الدستور.

المطلب الثاني

نطاق سلطة التقدير التي يملكها البرلمان

٩٠٨- غير أن الصعوبة الأكبر هي في نطاق سلطة التقدير التي يتمتع البرلمان بها فيما يقره من القوانين. ذلك أن التقدير ليس تشبيها أو إملاء. وإنما التقدير نقيض كل تحكم -ولو لم يختلط بالأمواء- بل كان قرين الفرق والانفراج.

ويفترض لجواز التقدير دستوريا أن يفضل المشرع وفق أسس منطقية بين بدائل تتراوح جميعها على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وأن جميعها يدور في إطار المصلحة العامة ويتغيا تحقيقها. فلا تطرح هذه البدائل غير حلول منطقية وقانونية بنظر المشرع فيها ليختار أفضلها تقييدا للحقوق التي ينظمها، وأعمقها اتصالا بالأغراض التي تستهدفها، وبالمصالح التي تعطىها فاعليتها.

ومن ثم لا يكون مناط التقدير انحرافا أو التواء، وإنما هو إعمال حكم العقل في شأن حلول مختلفة تتنازع جميعها الموضوع محل التنظيم، ليعطيهما المشرع حقا من التقييم الموضوعي المجرد من مظاهر الاعتعال والتسل. فلا تنفصل الحلول التي ينتقيها عن ولعها وكأنها تطلق في الفراغ.

٩٠٩- ولا يجوز أن يقال بأن خوض جهة الرقابة القضائية على الدستورية في نطاق السلطة التقديرية للمشرع على النحو المتقدم، هو إحلال لنفسها محل المشرع فيما يراه صوابا. ذلك أن جهة الرقابة هذه، لا تقدم للمشرع بدلا نراه هي أكثر ملاءمة أو أجدر قبولاً. وإنما تحرس هذه الجهة على تحقيق أمرين:

أولهما: تحديد الأغراض النهائية التي توخاها المشرع من التنظيم التشريعي المعلن فيه. ثانيهما: النظر في الوسائل التي اختطها المشرع لتحقيق هذه الأغراض.

وعلى ضوء هاتين الوجهتين، لا يعتبر عمل المشرع موافقاً للدستور، ما لم يتوافر علاقة مفهومة تربط النصوص القانونية التي أقرها أو أصدرها بأهدافها.

وشرط ذلك بطبيعة الحال ألا يكون الدستور قد قيد المشرع بفرائض حدها، إذ يتعين عندئذ إبطال النصوص القانونية التي تخالفها -أيما كان قدر اتصالها بأهدافها- ذلك أن فرائض الدستور لازمها أن يعمل المشرع في إطار سلطة مقيدة، لا تقديرية.

٩١٠- وحدود السلطة التقديرية التي يعمل المشرع في نطاقها على النحو المتقدم، هي التي كفلتها المحكمة الدستورية العليا منذ إنشائها، وعلى امتداد سنين طويلة من عمرها، لتلغظها بعد ذلك في أواخر ٢٠٠٢. ذلك أن هذه المحكمة تقرر في حكمها في القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية دستورية صادرة عنها بجلستها المعقودة في ٢٠٠١/١٢/٩^(١). لأن الدائرة التي يباشر المشرع في نطاقها سلطته التقديرية، هي الواقعة بين حين، يتعلق أحدهما بما يعتبر واجباً، وثانيهما بما يكون نهياً.

ولعل ما يقصد إليه المحكمة من ذلك، هو أن الدستور قد يأمر المشرع بعمل معين أو ينهيه عن عمل، فلا تكون لأوامر الدستور، ونواحيه، إلا قيوداً على سلطة المشرع في تنظيم الحقوق. فإذا التزم المشرع ما أمره الدستور به أو ما نهاه عنه، فإن سلطته التقديرية تكون مطلقة.

٩١١- وقضاء المحكمة الدستورية العليا في ذلك محل نظر من ناحيتين:

أولاهما: إن السلطة المخاطبة بأوامر الدستور ونواحيه، تنقيد بتفنيدها في كل الأحوال شأن أوامره التي كلفها بالخضوع لها، شأن نواحيه التي عنيها ألا تقر بها. ومن ثم يكون واجبها

(١) لم ينشر بعد هذا الحكم: ونص عبارات الحكم هي: <لأن الدائرة التي يجز فيها الدستور للمشرع أن يباشر سلطته التقديرية لمواجبة مقتضيات الواقع، هي الدائرة التي تقع بين حدى الوجوب والنهي الدستوريين. ومن ثم يكون الاختلاف بين الأحكام التشريعية المتعاقبة التي تنظم موضوعاً واحداً، تعبيراً عن تغير الواقع عبر المراحل الزمنية المختلفة، ولا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة الذي يستقي أحد أهم مقوماته من وحدة المرحلة الزمنية التي يطبق خلالها النص لتتوالى الخاضع لضوابط المبدأ. فإذا تباينت النصوص التشريعية في معالجتها لموضوع واحد، وكان كل منها قد طبق في مرحلة زمنية مختلفة، فإن ذلك لا يعد بذاته إخلالاً بمبدأ المساواة، وإلا تحول هذا المبدأ من ضابط لتحقيق العدالة، إلى سد حائل دون التطور التشريعي>.

منصرفاً إليهما معاً، ذلك أن لأمير الدستور حمل لها على أداء عمل معين، ونواهيه حمل لها على اجتنبه، ليكون الأمر والنهي ولجبين على السلطة التشريعية.

ثانيتهما: أن للقيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية صوراً متعددة.

* فقد يحيل الدستور إلى القانون في تنظيم حق معين، كحق الهجرة الدائمة أو الموقوتة. وقد يجعل أداء الضريبة واجبا وفقاً للقانون، أو يقرر تنظيم الحق في الاجتماع على الوجه المنصوص عليه في القانون. أو يجعل التجنيد إجبارياً وفقاً للقانون، أو يحيل إلى القانون لتحديد الأحوال التي تقام فيها الدعوى الجنائية بغير أمر من الجهة القضائية.

ففي هذه الصور جميعها لا يجوز بغير قانون، تنظيم الموضوع الذي تتعلق به هذه النصوص، وإن ظل مضمون التنظيم وحقيقة الأغراض التي يتوخاها، خاضعا للرقابة على الشرعية الدستورية، ولا يدخل بالتالي في نطاق السلطة التقديرية للمشرع.

ذلك أن دائرة تنظيم المشرع للحقوق بوجه عام، هي الدائرة الأكثر اتصالاً بحقوقهم وحررياتهم العامة التي كفلها الدستور. وهي كذلك الدائرة التي يبسط عليها التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية الدستورية. أكثر أشكال هذه الرقابة صرامة وبأسا، خاصة بعد أن لم تعد دائرة حقوقهم وحررياتهم هذه، منحصرة في تلك التي نص عليها الدستور وفصلها، وإنما تحتتها إلى حقوق جديدة لا نص عليها في الدستور.

ومن ذلك ما تقرر في التنظيم المقارن من اعتبار الحق في تسيير المرافق العامة، والحق في التنمية، والحق في التعاقد، والحق في إنهاء الحياة، والحق في الإجهاد، والحق في النفاذ إلى القضاء بدرجاته المختلفة، من قبيل الحقوق التي يتعين ضمانها، ولو لم يرد بها نص في الدستور. فلا تكون حقوقا منحصرة في دائرة مغلقة لا تقبل الإضافة إليها أو التحديل فيها، بل هي دائرة مفتوحة تقبل مزيدا من الحقوق الجديدة التي لها قيمة دستورية.

فالمعامل الذين يضربون عن العمل، يعتبر حقهم في ذلك ذا قيمة دستورية، ولو كان هذا الحق ممكنوا عنه في الدستور. وينظر إلى النفاذ إلى القضاء باعتباره حقا ذا قيمة دستورية إذا لم ينص الدستور على هذا الحق.

وتتلو هذه المفاهيم الجديدة لحقوق المواطنين وحررياتهم نمطا جديداً من الحماية الدستورية للحقوق لا ينطلق على صورها المنصوص عليها في الدستور، وإنما يتعداه إلى

حقوق جديدة كنداح دائرتها يوما بعد يوم لتظهر في قائمة حقوق المواطنين وحرياتهم، حقوق مبتدأة كان مجرد تصورهما بعيدا عن الأذهان^(١).

* وقد يعطى الدستور أوامر مباشرة للمشرع في موضوع حدده، فلا يكلفه فقط بإصدار قانون لتنظيم هذا الموضوع، وإنما ينهاء عن عمل معين، كان يحظر مصادرة وسائل الاتصال، أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي يكون مسببا ولمدة محددة ووفقا لأحكام القانون. [مادة ٤٥ من الدستور].

وقد يكفل الدستور حرية الصحافة ويحظر إزالتها أو وقفها أو إلغائها إداريا [مادة ٤٨ من الدستور].

وقد يحظر إيداع كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو يُقيد حريته على وجه آخر، سواء كان هذا الإيداع بدنيا أو معنويا [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز الدستور -فيما عدا حالة التلبس بالجريمة- القبض على الشخص أو تقييد حريته من خلال التفتيش أو الحبس أو غيرها أو حرمانه من الحق في التنقل، إلا بأمر يتطلبه التحقيق وصيانة الأمن العام، على أن يصدر هذا الأمر من قاض أو من النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون [مادة ٤٢ من الدستور].

وقد لا يجيز كذلك إجراء تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر.

(١) لم يعتبر المجلس الدستوري الفرنسي عدم رجعية القرارات الإدارية، ولا حرية للتجارة والصناعة، ولا المساواة في المعاملة على صعيد الملتحق الاقتصادية، ولا شرط المواجهة في الإجراءات الإدارية *Lo procedure contradictoire en matière administrative*، ولا حتى وجود طعن بإساءة استعمال السلطة، من المبادئ العامة للقانون ذات الصلة الدستورية. انظر في ذلك ص ٧٨٩ من الطبعة الثانية لمؤلف عوفاته "مستور الجمهورية الفرنسية الخامسة -تحولات وتطورات تحت إشراف كل من التفتين Gerald Conac; François Luchaire وقد أعبر المجلس الدستوري الفرنسي حق النفاذ إلى القضاء من الحقوق ذات القيمة الدستورية C.C.23 mai 1979, p.27; 22 juillet 1988, p.46. ويلاحظ أن تمسك درجات التقاضي كان من المسائل المختلف عليها بين مجلس الدولة الفرنسي والمجلس الدستوري الفرنسي، فبينما يعتبره مجلس الدولة من المبادئ العامة في القانون الواجب تطبيقها [C.E. 4 fév. 1944] فإن المجلس الدستوري الفرنسي لا يراه كذلك [C.C. 19 nov. 1975].

كذلك يعتبر مبدأ ذا قيمة دستورية أن يكون سكوت الإدارة عن اتخاذ قرار معين كان يجب عليها اتخاذه وفقا للقانون، بمثابة رفض لهذا القرار.

٩١٢- تلك نواه يفرضها الدستور على المشرع أو على جهة الإدارة. ويدل إيمان بالنظر فيها على إنها جميعها تعمل في إطار منظومة تتكامل حلقاتها وتتضافر أجزاؤها. ولا يجوز بالتالى تفسيرها بعيدا عن الإطار العام الذى يشملها.

فحظر مصادرة وسائل الاتصال المختلفة أو الإطلاع عليها، فرع من حرية التعبير. ذلك أن وسائل الاتصال هذه لا يحميها الدستور لذاتها، وإنما بالنظر إلى رسالتها التعبيرية التى تحملها. ويتعين بالتالى أن تواجه الهيئة القضائية كل قانون يصادر رسالتها هذه، باعتباره قانونا مخالفا للدستور. شأن وسائل الاتصال البريدية والبرقية والهاتفية فى ذلك، شأن وسائل الإعلام التى تصدرها الصحافة باعتبارها أكثر وسائل الإعلام قوة ومضاء بالنظر إلى اتساع الدائرة التى تعمل فيها، واتصالها بالتالى بأعداد غفيرة من المواطنين الذين يتطلعون إلى الكلمة الصادقة، ولو كانت تعبيراً مناوئا للدولة.

وتنظر رسالتها التعبيرية ولقعة فى إطار الحق العام المنصوص عليه من المادة ٤٧ من الدستور التى تكفل للناس جميعهم حرية للتعبير عن آرائهم ونشرها بالقول أو بالكتابة أو بالصورة أو بغير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون، فلا يقيد القانون حريتهم هذه إلا لمصلحة قاهرة، كان تكون أولوهم جزءا من مطبوع داعر تتحم قيمته الاجتماعية، ولا يتمحض إلا فحشا وفجورا.

كذلك، فإن صون كرامة الإنسان، هى الخلفية التاريخية والإنسانية لدعم جواز إذاته أو فرض عقوبة قاسية عليه أو إخضاعه لمعاملة تنافى أحميته بالنظر إلى شذوذا أو إجراء تجرية طبية أو علمية عليه بغير رضاه.

ويتعين بالتالى أن ينظر فى مدة العقوبة أو المعاملة التى لا يجوز فرضها على إنسان، إلى معاييرها فى الضمير لآخر، وإلى أن ما لا يجوز من صورها، هو تلك العقوبة أو المعاملة التى تمنع فى صوبتها أو فى خروجها عن ضوابط الاعتدال، لتحط من كرامة الإنسان وفق معيدياتها المعاصرة.

فنحن إذن فى إطار نواه لا تعمل بوصفها قائمة بذواتها، وإنما فى إطار حقوق أعم، وعلى ضوء منظومة أشمل يعتبر للدستور فيما لى به من نواه، واقعا فى إطارها.

وعلى الهيئة القضائية أن تعاملها لا من مطلق أن للمشرع بالنسبة إليها سلطة تقديرية كاملة، وإنما من منظور المنظومة الشاملة التى تسعها، وتعتبر من تخومها.

* وتبقى بعد هذا الصورة لثلاثة من القيود التي يفرضها الدستور ضمنا على المشرع. ذلك أن الدستور لا يكفل للمواطنين حقوقهم وحررياتهم التي ينص عليها، لتعمل في الفراغ، أو بما يجردها من منافعها أو يعطل استثمار مكناتها. وإلا يعطيها قيمتها العملية من خلال ضمان المجال الطبيعي لحركتها، فلا تهديم على وجهها، ولا تهدم لتخور قواها. ومن ثم جاز تنظيمها بما لا يعطلها أو يرهقها، وعلى الأخص عن طريق تدخله في الدائرة الداخلية لهذا الحق، وهي التي يتنفس من خلالها، وينبض معها بالحياة. ويدونها بصير الحق هامدا.

ومن ثم جاز تنظيم الحق أو الحرية فيما وراء الحدود الخارجية لهذه الدائرة، وبما لا يعطل الأغراض التي توخاها الدستور من تقريرهما.

٩١٣ - ولازم ما تقدم، أن يباشر المشرع السلطة التقديرية التي يملكها في حدود قهدين:

أولهما: ألا يكون تنظيمه للحق مجافيا حقيقة محتواه، أو منصرفا إلى تحقيق أغراض لا صلة لها بالمنظور العام لرخاء المواطنين.

ثانيهما: أن تكون النصوص القانونية التي يقرها، وسائل منطقية لتحقيق الأغراض التي حددها المشرع لها أو التي ربطها الدستور بها.

وتلك هي منطقة الدلائل، التي نزل بها الجهة القضائية، ذلك أن حقوق المواطنين وحررياتهم لا يجوز تنظيمها إلا بأقل القيود عليها، ولمصلحة عليا يستظل بها هذا التنظيم.

٩١٤ - فهل يجوز أن يقال بعد ذلك بأن السلطة التقديرية للمشرع تقع فيما بين حدى الوجوب والنهي على ما قرره المحكمة الدستورية العليا في آخر أحكامها. أم أن التقدير في حقيقته، هو الحدود المتوازنة للعمل التشريعي، الثانية عن اندفاع التحكم، والموافقة لنصوص الدستور في دلالاتها الصريحة والضمنية، خاصة ما تعلق منها بطبيعة الحق محل التنظيم، والأغراض التي يستهدفها، والمنظومة الأشمل التي يعتبر واقعا في إطارها.

الفصل الرابع

الحقوق التي ينشئها مباشرة نص قانوني

٩١٥- يحكم شرط للحماية القانونية المتكافئة، المركز القانونية التي تتوحد في العناصر التي تقوم عليها، فلا يتنافس أجزاؤها، بل تتوافق بما يكتل تولفها.

وهو يكتل عين للحملة لهذه المركز، وما يتولد عنها من حقوق، سواء كان الدستور مصدرا المباشر، أم كان نص القانون هو أداة إنشائها للمباشرة.

فحق عمال القطاع العام في أرباح مشروعاتهم، يستند مباشرة إلى نص المادة ٢٦ من الدستور. فإذا أقر البرلمان قانونا كل به حق عمال القطاع الخاص في الحصول على حصة من الأرباح الصافية لمشروعاتهم، صار للنص القانوني مصدرا مباشرا لهذا الحق في حالة بذاتها هي التي حددها ذلك النص وبين نطاقها ورسم مداها وربط عليها حكمها.

ولا يتصور بالتالي في أي التزام إنشاء المشرع مباشرة بنص قانوني خاص، أن يكون هذا الالتزام مبهما، أو غير مكتمل الأركان، أو مجردا من ثمره، ولا أن يكون بيد الدائن أو المدين حق تعيين مده. وذلك سواء كان الالتزام القانوني بإعطاء شيء أو بأداء عمل أو بالاستمتاع عن عمل. إذ يتولى للنص القانوني الخاص -في هذه الصور جميعها- تحديد مضمون الالتزام القانوني، والدائرة التي يعمل فيها، والآثار التي ينتجها، ليحيط بها من بدايتها إلى نهايتها.

مثل حق عمال القطاع الخاص في الحصول على جزء من أرباح المشروع، مثل حق بعض الأكبرياء في النفقة، وحق الدولة في الحصول على دين الضريبة من الممول، والالتزام الجار بالألا يهدم حائطا يستتر به جاره دون عنق قاهر.

ويتعين القول بالتالي بأنه كلما كان نص القانون مصدرا مباشرا لالتزام قانوني، فإن تعيين ماهية هذا الالتزام ونطاقه، يقتضى الرجوع إلى النص القانوني الذي أنشأه.

٩١٦- وقد أثير أمام المحكمة الدستورية العليا نزاع خطير يتعلق بحق عمال القطاع الخاص في الحصول على حصة من أرباح مشروعاتهم وفق القوانين المنظمة لها.

وفيما يلي عرض لأبعاد هذا النزاع:

أولاً: النصوص القانونية المتعلقة به

أ. كان البند (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن بعض الأحكام الخاصة بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، ينص على أن تجب ١٠% من الأرباح الصافية للشركة لتوزيعها على موظفيها وعمالها عند توزيع الأرباح على المساهمين، وذلك وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من رئيس الجمهورية.

ب. ثم صدر القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بإصدار نظام استثمار المال العربي والأجنبي والمعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧ - ونص في مادته الثانية عشرة، باستثناء الشركات المنفعة بأحكام هذا القانون من حكم البند (٥) من المادة ١٤ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه، على أن يتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنوياً على الموظفين والعمال طبقاً للقواعد التي يقرها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العمومية.

ج. وتلا ذلك صدور القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الاستثمار، الذي قضى في الفقرة الأولى من مادته العشرين، باستثناء المشروعات التي تنشأ طبقاً لأحكام هذا القانون من حكم المادة ٤١ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون لشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة؛ وفي فقرتها الثالثة بأن يتم توزيع نسبة من الأرباح الصافية لهذه الشركات سنوياً على العاملين بها طبقاً للقواعد التي يقرها مجلس إدارة الشركة، وتعتمدها الجمعية العامة بما لا يقل عن ١٠% من تلك الأرباح.

د. ثم صدر القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قانون الاستثمار بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، وذلك بأن استعاض عن نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من قانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، بنص جديد يقضي بأن يكون للعاملين نصيب في أرباح شركات الأموال التي تحددها الجمعية العامة لكل شركة بناء على اقتراح مجلس الإدارة، وذلك بما لا يقل عن ١٠% من هذه الأرباح، ولا يزيد على الأجور السنوية للعاملين بالشركة.

هـ. وأخيراً صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، ملغياً - بنص مادته الرابعة - قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، عدا الفقرة الثالثة من المادة ٢٠ من هذا القانون.

ثانياً: دلالة النصوص المتقدمة

١. يبين من مقارنة القوانين أرقام ٤٣ لسنة ١٩٧٤، ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، ٢ لسنة ١٩٩٢ وللقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ببعضها، أن القانون الأول - هو القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بإصدار نظم استثمار المال العربي والأجنبي - هو القانون الوحيد الذي لم يضع حداً أدنى للأرباح التي يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها، وإما فوض مجلس إدارتها في أن يقترح مقدار الأرباح التي تؤديها الشركة لعمالها وموظفيها، على أن تنتظر الجمعية العامة للشركة في هذا الاقتراح، فإن اعتمدته، صار نافذاً في حق العاملين بها جميعهم.

٢. ولا كذلك القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ أو ٢ لسنة ١٩٩٢، اللذان فرضا حداً أدنى للأرباح التي يجوز توزيعها على عمال الشركة وموظفيها مقداره ١٠% من أرباحها الصافية، على أن يتم توزيعها - ربما لا يقل عن هذا الحد الأدنى - طبقاً للقواعد التي يقترحها مجلس إدارة الشركة وتعتمدها الجمعية العامة.

٣. وهذا النهج هو ما احتذاه كذلك القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار، إذ أحال إلى القانون السابق عليه في شأن تحديد حد أدنى للأرباح لا يقل عن ١٠% من صافيها.

٤. وقد ظل نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ معمولاً به، إلى أن قرر المشرع إلغاءها وإبدالها بحكم يناقضها في كافة القوانين اللاحقة المنظمة لاستثمار رأس المال العربي والأجنبي، وهي القوانين أرقام ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ و ٢ لسنة ١٩٩٢ و ٨ لسنة ١٩٩٧ المشار إليها، والتي كفل المشرع من خلالها حق العمال في حصة من أرباح المشروع لا تقل عن ١٠% من صافيها، وهي الحصة التي تنصّل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ كلية من ضماناتها للعمال من خلال نص المادة ١٢ من هذا القانون التي تفوض مجلس إدارة الشركة في اقتراح مقدار الأرباح التي توزع على عمالها وتخول الجمعية العامة للشركة حق اعتماد قرار مجلس إدارتها في ذلك.

ثالثاً: مخالفة نص المادة ١٢ من القانون

رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ للدستور

ولا شبهة في مخالفة نص المادة ١٢، المشار إليها للدستور. وذلك من الأوجه الآتية:

أولاً: أن نص هذه المادة نشأ للعمال حقاً في أرباح المشروع للخاص، وهو بذلك مصدر مباشر لهذا الحق. وإذا كان مقدار الأرباح التي يجوز توزيعها عليهم، يتمثل في مبلغ من النقود تودبه الشركة إلى العاملين فيها بوصفه ديناً في ذمتها، فقد صار الشيء الذي تلزم به - وهو محل الالتزام - ولقاً في إطار علاقة مديونية تربطها بذلتها، وهم العاملون لديها.

ولا يجوز بالتالي، في أية رابطة مديونية يكون نص القانون مصدرها المباشر، أن يتولى تعيين كافة أركانها - بما في ذلك محلها - غير نص القانون. فإذا علق المشرع تحديد محل الالتزام على محض إرادة المدين، حلت إرادة المدين محل إرادة المشرع الذي يختص دون غيره ببيان أركان الالتزام القانوني. ذلك أن فرض الالتزام وتحويل المدين حق تحديد مقدار، أمران متناقضان.

يؤيد ذلك لأولاً: أن تحديد حق العمال في الأرباح لا يتأتى لا بإرادتهم ولا بإرادة المدين بها، إذ لو كان تحديد نصيبهم من الأرباح عائدا إليهم لبالغوا فيه. ولو كان هذا التحديد معطفاً على إرادة المدين لحط من مقدار الأرباح التي يوزعها على العمال للدائنين بها. وتعين بالتالي أن يكون نص القانون هو المصدر المباشر للالتزام المدين بأن يعطي العاملين في المشروع جزءاً من الأرباح التي حققها - وعلى الأكل حداً أدنى من هذه الأرباح التي يحصل العمال على حصتهم منها بشرط أن يحدد المشرع مقدارها تأسيساً على أن المشرع هو الذي يتولى تحديد نطاق كل التزام يكون نص القانون هو مصدره المباشر.

ثانياً: أن محل الالتزام ، هو الشيء الذي يلتزم المدين بالتزام به. ويلتزم المدين إما بنقل حق عيني أو بعمل، أو بالامتناع عن عمل.

فإذا كان محل الالتزام عملاً أو الامتناع عن عمل ، تعين أن يكون المحل فيه ممكناً لا مستحيلًا.

كذلك فإنه إذا التزم شخص أن يقوم بعمل معين، أو أن يمتنع عن عمل محدد، وجب أن يكون ما التزم به معيناً. فإذا كان محل الالتزام نقوداً، وجب أن تكون أيضاً معينة بنوعها ومقدارها.

وعلا بنص المادة ٣٤١ من القانون المدني، فإن الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره.

إذ كان ما تقدم، وكان نص المادة ١٢ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ يقتصر على مجرد تقرير حق عمال المشروع للخاص في الأرباح دون أن يحدد مقدار ما يخصهم منها،

ولو في حده الأدنى؛ فإن هذا النص، يكون قد أنشأ حقاً بغير مضمون، وصار مخالفاً للدستور بالتالي.

ذلك أن محل الالتزام المفروض في نمة المشروع الخاص بنص المادة ١٢ المشار إليها، جاء مجهولاً في مقدار، وعصياً على التحديد. فلا يكون دينا متكامل الأركان. ذلك أن المشرع عهد إلى مجلس إدارة المشروع وجميعته العامة -وهما من الأجهزة الداخلية للمشروع- بتحديد مقدار الأرباح التي يلتزم بأن يؤديها إلى العاملين فيه، وفي ذلك تفويض من المشرع للمشروع في أن يقرر بإرادته المنفردة ما يخصهم من الأرباح التي يحقها، أن يكون تحديد مقدارها موقوفاً على محض إرادة المدين.

ثالثاً: لا يجوز للمشروع الخاص أن يبرر نص المادة ١٢ المشار إليها، بأن الأوضاع الاقتصادية وأزماتها الخالقة، تقتضيها. ذلك أن الفرض هو تحقيق للمشروع لأرباح صافية. فإذا قرر المشرع نصيباً فيها للعامل، تعين أن تكون حصصهم منها محددة بنص القانون بصورة قاطعة. وكان من المفترض بالتالي أن يتدخل المشرع لتحديد ما يخص العامل من هذه الأرباح على وجه اليقين، وعلى الأقل في حدها الأدنى. ذلك أن محل الالتزام هو الشيء الذي يؤديه المدين إلى الدائن. ولم يحين للمشرع هذا الشيء حتى يرتبط به التزام المدين.

بيد أن المحكمة الدستورية العليا التي عرض عليها أمر الفصل في دستورية نص المادة ١٢ المشار إليها^(١)، لم تقر مخالفتها للدستور تأسيساً منها على أن نص المادة ٢٦ من الدستور التي تخول العمال حقاً في أرباح مشروعاتهم، ينحصر مجال تطبيقها في العاملين في القطاع العام. وفاتها أن الفصل في دستورية نص قانوني، إنما يتم على ضوء أحكام الدستور جميعها، وإن فساد الحجة التي قام عليها وجه النعي، لا يجوز أن يمنعها من مراجعة نص المادة ١٢ المطعون عليها، على ضوء نصوص الدستور بتمامها، لتقرر تطابقها أو تعارضها معها.

وكان ينبغي عليها بالتالي أن تعطى لكافة الحقوق التي ينشأها نص القانون بطريق مباشر، دلالتها التي لا يستقيم معها تجريد هذه الحقوق من مضمونها. ذلك أن مضمون الحق هو جوهره، وليس المشرع أن ينقض حقوقاً أحدثها، ولا أن يحيلها ركاباً من خلال تحويل المدين تحديد درجة تعقدها بها.

(١) انظر في ذلك حكماً الصادر بجلستها المنعقدة في ٢٠٠١/١٢/٢ في القضية رقم ٥ لسنة ٢٢ قضائية.

ولئن كان المشرع بالخيار بين إحداث أو إهمال الحقوق التي لا نص عليها في الدستور،
مطلما هو الأمر في حق عمال القطاع الخاص في الأرباح؛ إلا أنه متى كفلها، تعين أن يتولى
هو تعيين كافة أحكامها، بما في ذلك نطاق الآثار التي ترتبها.

ذلك أن المواطنين كما يستمدون حقوقهم من الدستور، فإنهم قد يتلقونها من المشرع^(١)
بفرائضها المنطقية التي لا يندرج تحتها تخويل المدينين بها حق تحديد نطاقها، وإلا كان ذلك
إحداثاً من المشرع للالتزام يستقل المدين بتحديد مقداره بالمخالفة لمبدأ الخضوع للقانون
المنصوص عليه في المادة ٦٥ من الدستور. ذلك أن هذا المبدأ موداه أن ثمة قواعد تعلق على
الدولة لتقيدها وتضبط حركتها. ومن بين هذه القواعد، ضرورة تنظيم الحقوق بما لا يؤهل
بجوهرها، ووجوب أن يحدد المشرع نطاق الحقوق التي ينشئها بنص مباشر، وإلا كان إحداثها
لها تفقد به مغزاها. وهو ما يتحقق على الأخص كلما كان تحديد مقدارها بيد المدين بها.

ذلك أن الحق من جهة الدائن، هو التزام من جهة المدين. ولا التزام بغير حدود تبين
الأركان التي يقوم عليها، ومن بينها ركن المحل الذي لا يقوم الالتزام القانوني إلا بتحديد.

(١) قررت المحكمة الدستورية العليا في أكثر من مرة أن مبدأ الحماية القانونية المتكافئة لا يضمن فقط

الحقوق التي نص للدستور عليها، وإنما كذلك تلك التي كفلها المشرع.

انظر في ذلك حكمها في القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ اعتدالية تمثورية - جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ - قاعدة

رقم ١٠ - ص ٢٠٣ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة حيث تقول حراياً:

"أضحى مبدأ المساواة أمام القانون -في أساسه بديهياً- وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا
يقتصر مجال تطبيقها على الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، بل يمتد مجال إعطائها كذلك إلى تلك
كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية وعلى ضوء ما يكون قد ارتأه كلاً للصالح العام".

الفصل الخامس

الاستفتاء كطريق لضمان حقوق المواطنين وحرياتهم

٩١٧- تقتضى الديمقراطية إشراك المواطنين في إدارة شؤونهم وإشرافهم عليها، وتوجيههم لها بما يكفل مصالحهم. فلا يكون مصدر السلطة إليها بما يناقض السيادة الشعبية في مضمونها وأغراضها. وهو ما كان قائماً في مصر الفرعونية، وبنيته النظم الديمقراطية في تطورها الراهن، وعلى الأخص منذ الثورة الفرنسية التي تنص بعض دساتيرها^(١) على أن السيادة معقودة للمواطنين وجميعهم يشاركونها فلا تكون وقفاً على فريق من بينهم دون فريق.

والأصل ألا يباشر المواطنون السيادة بأنفسهم وإن كانوا يملكونها - وإنما ينيبون عنهم من يمثلونهم في الهيئة النيابية ويظنون محلهم في مباشرة هذه السيادة. فلا يكون تولي أعضاء هذه الهيئة لشؤونها محددًا حركتهم داخل هذه الهيئة عن طريق أوامر يتلقونها من هيئة الناخبين بوصفهم وكلاء عنها مقيدين بتوجيهاتها Mandat Imperatif^(٢). إذ لا شأن لمفاهيم الوكالة في القائلون الخاص بالنظم الديمقراطية المعاصرة التي تدخل أعضاء السلطة التشريعية زمام المبادرة لتحقيق ما يروونه حقاً، كإفلاتهم مصالحها.

ومن ثم قام الفصل الثام بين الدائرة الانتخابية وبين نوابها الذين لا يمثلونها وحدها، وإنما تتدخل الدوائر الانتخابية مع بعضها لتظهر جميعها وكأنها دائرة إقليمية واحدة تتضام مصالحها، لا فرق في ذلك بين ناخبين متحوم أصواتهم، وآخرين حجوبوا عنهم^(٣).

وهذه الديمقراطية التمثيلية التي نحل اليوم محل الديمقراطية المباشرة التي ارتبط وجودها من الناحية التاريخية ببعض المدن المحدودة في رقعتها وعدد سكانها، والتي تنسم كذلك بندرة المسائل التي تثير اهتمام مواطنيها بوجه عام. هي التي صار لها فضل تحقيق

(١) انظر في ذلك الدستور الفرنسي لعام ١٧٩٣ الذي تنص المادة ٢٥ منه على أن السيادة مركزة في الشعب وكذلك نص المادة الثمانية من الدستور السنة الثالثة التي تنص بأن المواطنين في مجموعهم هم مصدر السيادة الشعبية.

(٢) تنص المادة ٢٧ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ ببطان كل وكالة إقليمية، وبأن حق انتخاب أعضاء البرلمان حق شخصي.

(٣) وهو ما يعبر عنه بأن الفائز في الحملة الانتخابية لا تنتخبه الدائرة الانتخابية، ولكنه ينتخب منها. L'elu n'est pas élu par la circonscription, mais dans la circonscription.

التقدم في مظاهر الحياة وجوانبها المختلفة وإن كان طغيان الأغلبية الفائزة بالمقاعد البرلمانية على خصوصها، يمثل لخطر عيوبها.

وصح القول بالتالي بأن الديمقراطية التمثيلية تقوم في جوهرها، على حرية أعضاء السلطة التشريعية في تحديد خياراتهم في المسائل التي يناقشونها، وانتهاج وسائلهم في عرضها وإبداء رأيهم بشأنها، لا يخضعون في ذلك لغير ضمائرهم، ولا تحيهم هيئة الناخبين عن المهام التي يتولونها قبل انتهاء مدة عضويتهم، ولو أهدروا وقتها فيهم. وهو ما آل في النهاية - ومن وجهة نظر واقعية - إلى حلول السيادة البرلمانية محل السيادة الوطنية، والنظر إلى من يباشرون السلطة وكأنهم أصحابها لا يتحولون عنها. حال أن النظم التمثيلية تفترض الفصل بين السيادة في صورتها المجردة من جهة، وبين من يباشرونها عملاً من جهة ثانية.

فالذين يباشرون السيادة نيابة عن الجماهير، لا يملكونها بدلاً منهم. ولا تحول السيادة إليهم من خلال حق الاقتراع. وإنما تظل السيادة بيد الناخبين أصحابها الأصليين، فلا يفرقونها ولا يخرج زلمها من أيديهم، ولا يتخلون عنها فور انتهاء العملية الانتخابية.

فالناخبون يراقبون نوابهم، ويحاسبونهم عما فرطوا فيه^(١). فلا يمنحونهم نقتهم من جديد بعد انتهاء ولايتهم. وهو ما يفيد إمكان إيداعهم بآخرين من خلال حق الاقتراع، وهو مظهر السيادة الشعبية في جوانبها الأكثر أهمية.

وأياً كان قدر الأهمية التي بلغتها النظم التمثيلية في كثير من الدول، إلا أن الاستفتاء - كتعبير عن السيادة للشعبية المباشرة - لا زال قائماً كحقيقة قانونية لا تقبل الجدل، وإن تعين القول بأمريين:

أولهما: أن الحقوق السياسية جميعها في بلد ما، ترتبط قيمتها الفعلية بالطريقة التي تباشر بها، وامكان تأثيرها في الأوضاع القائمة لتحديد وجهتها.

ثانيهما: أن الديمقراطية لا تتحدد وفق أشكال تنافى حقيقتها. ذلك أن استيفاءها لشروط وجودها، يعطيها الحياة التي نرجوها. ويتعين بالتالي أن يكون للديموقراطية من واقعها وتطبيقاتها ما يلتزم وخصائصها وحقيقة جوهرها، ولو لم توجد في الدول التي تبناها محكمة

(١) الشفافية والمحاسبة Accountability من بين العناصر التي تقوم عليها الديمقراطية في المفاهيم المعاصرة.

دستورية، مثلما هو الحال في المحكمة المتحدة. ولا يجوز بالنظر أن يكون الاستفتاء - وهو الطريق المباشر للسيادة الشعبية - مجرد قناع تتستر السلطة وراءه لتخفي ديكتاتوريتها، وإنما تتحدد أهمية الاستفتاء كلما كان مدخلا حقيقيا لاستطلاع آراء هيئة الناخبين في موضوع معين، فلا يكون زائفا، أو مشوبا بالغموض، أو مضطربة مقاصده.

المبحث الأول

صور الاستفتاء بوجه عام

يكون الاستفتاء إما تأسيمياً أو تشريعياً، إلزامياً أو اختيارياً؛ منتهياً إلى التصديق على مشروع قانون أقره البرلمان أو معدلاً وملغياً بعد صدوره لبعض أحكامه؛ متعلقاً بمعاهدة دولية للدخول فيها من خلال التصديق عليها أو الإضمام لها؛ أو كلفاً للرجوع إلى الجماهير لتحكيمها في نزاع قائم بين سلطتين.

ويعتبر الاستفتاء تأسيمياً إذا تعلق بموضوع من طبيعة دستورية، فإذا كان موضوع الاستفتاء قانوناً أو مشروع قانون، كان تشريعياً.

المطلب الأول

صور الاستفتاء وفق دستور مصر لعام ١٩٧١

٩١٨- وفي مصر يتم الاستفتاء وفقاً للدستور في الأحوال التي حددها وطبقاً للشروط التي بيدها. وفيما يلي عرض لها:

أولاً

الاستفتاء كطريق لصون الوحدة الوطنية

تنص المادة ٧٤ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسساته عن أداء دورها وفقاً للدستور، أن يتخذ الإجراءات العارضة لمواجهة هذا الخطر، وأن يوجه بياناً إلى الشعب. ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها.

ثانياً

استفتاء المواطنين في شأن ترشيح السلطة التشريعية لرئيس الجمهورية

عملاً بالمادة ٧٤ من الدستور يرشح مجلس الشعب رئيس الجمهورية، ويعرض الترشيح على المواطنين لاستفتائهم فيه. ويتم الترشيح في مجلس الشعب لمنصب رئيس الجمهورية بناء على اقتراح ثلث أعضائه على الأقل. ويعرض المرشح الحاصل على أغلبية ثلثي أعضاء المجلس على المواطنين لاستفتائهم فيه.

ويعتبر المرشح رئيساً للجمهورية بحصوله على الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم في الاستفتاء. فإن لم يحصل للمرشح على هذه الأغلبية، رشح المجلس غيره. وتتبع في شأن ترشيحه وانتخابه الإجراءات ذاتها.

ثالثاً

الاستفتاء لفض نزاع بين السلطين التشريعية والتنفيذية

تنص المادة ١٢٧ من الدستور على أن لمجلس الشعب أن يقرر بناء على طلب عشر أعضائه مسؤولية رئيس مجلس الوزراء. ويصدر القرار بأغلبية أعضاء المجلس.

وفى حالة تقرير المسؤولية يعد المجلس تقريراً يرفعه إلى رئيس الجمهورية متضمناً عناصر الموضوع، وما انتهى إليه رأى المجلس في هذا الشأن وأسبابه.

ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير إلى المجلس خلال عشرة أيام. فإذا عاد المجلس إلى إقراره من جديد، جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة الاستفتاء الشعبي. ويجب أن يجرى الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإقرار الأخير للمجلس. وتقف جلساته في هذه الحالة. فإذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، اعتبر المجلس محلاً، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

رابعاً

الاستفتاء كطريق لحل مجلس الشعب

تنص المادة ١٣٦ من الدستور على أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب إلا عند الضرورة، وبعد استفتاء الشعب. ويصدر رئيس الجمهورية قراراً بوقف جلسات المجلس وإجراء الاستفتاء خلال ثلاثين يوماً.

فإذا أقرت الأغلبية المطلقة لعدد من أعطوا أصواتهم الحل، أصدر رئيس الجمهورية قراراً به. ويجب أن يشمل القرار على دعوة الناخبين لإجراء انتخابات جديدة لمجلس الشعب في ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء^(١).

(١) تختلف طريقة حل مجلس الشعب عن طريقة حل مجلس الشورى. ذلك أن المادة ٤٠٢ من الدستور لا تجعل الاستفتاء شرطاً لازماً لحل مجلس الشورى إذ يكفي لعله أن تقول ضرورة لهذا الحل.

خامساًاستفتاء المواطنين في المسائل الهامة

لرئيس الجمهورية استفتاء المواطنين- وعملاً بنص المادة ١٥٣ من الدستور- في المسائل الهامة التي تتعلق بمصالح البلاد العليا.

سادساًالاستفتاء كحلقة لجزائية لتحديد الدستور

تنص المادة ١٨٩ من الدستور على أن لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مسادة أو أكثر من مواد الدستور. ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل. فإذا كان الطلب صادراً من مجلس الشعب، وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل. وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل، ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه. فإذا رفض الطلب فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض. وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل، يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة، المواد المطلوب تعديلها. فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتائه في شأنه. فإذا وافق على التعديل، أعبر نالفا من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

المطلب الثالثالتمييز بين الاستفتاء على موضوع محدد وبين الاستفتاء على شخص معين

٩١٩- يميز البعض بين سؤال يتعلق بموضوع معين يعرض على هيئة الناخبين لإبداء رأيهم في هذا الموضوع قبولاً أو رفضاً Réferendum. وبين استفتاء يدور حول شخص معين ليبقى في موقعه في السلطة أو ليخرج منها Plépiscite. والتمييز بين هاتين الصورتين من صور الاستفتاء لا يتعمق حقائق الأمور. ذلك أن الاستفتاء في كل من هاتين الصورتين يدور حول مسائل سياسية يعرض أمرها على هيئة الناخبين لأخذ رأيها فيها. فالسؤال المطروح على هيئة الناخبين للحصول على رأيها في موضوع معين، يقتضيها أن تعلن رأيها في هذا الموضوع على ضوء قدر تقيتها في الجهة التي طرحته عليها. كذلك فإن كل استفتاء حول شخص معين ليبقى قائماً بالمهام التي يتولاها أو ليتخلى عنها، هو دعوة لهيئة الناخبين لإبداء رأيها في السياسة التي ينتهجها على ضوء قدر تقيتها في طريقة أدائه لواجبات الوظيفة التي يتولاها.

المطلب الثالث

الجهة التي يجوز لها إجراء الاستفتاء

٩٢٠- ما لم يحتم الدستور إجراء الاستفتاء، فإنه يكون اختياريًا. والأصل أن يبين الدستور للجهة التي يعهد إليها بإجراء الاستفتاء وفق الشروط التي يحددها. فقد يعهد الدستور إلى رئيس الجمهورية أمر الدعوة إلى الاستفتاء، وقد يخوله لعدد من المواطنين إذا طلبوه، وكان عليهم لإجرائه مواعداً عليه منهم^(١).

ونادراً ما تجر به السلطة التشريعية حتى لو حولها الدستور هذا الاختصاص على تقدير أن نتيجه قد تسقطها، أو على الأقل قد تظهر الضيق بها^(٢).

وتحرص بعض الدول على أن تتواءم حتى لا تتزق الوحدة الوطنية بين شعوبها، ولتظهر وكأنها كتلة متجانسة^(٣) لا تتفرق اتجاهاتها.

وتأخذ المملكة المتحدة موقفاً عدائياً من الاستفتاء بالنظر إلى إيمانها المطلق بالديموقراطية التمثيلية. ويراء آخرون تعبيراً هوجالياً أو ديماجوجياً عن السيادة الشعبية.

ولا تلجأ بعض الدول المختلفة في أعراقها ونحطها وثقافتها، للاستفتاء إلا في النادر من الأحوال حتى تبدو غير منقسمة على نفسها في الموضوع المعروض عليها.

وقد يتناول الاستفتاء مسائل خطيرة كالانضمام إلى الأمم المتحدة أو الدخول في أجد الحلفاء الأجنبية أو في شأن هام يتصل بالمصالح المباشرة للمواطنين كالرجوع إليهم لتحديد موقعهم من هجرة بعض الأجانب إلى وطنهم.

وفي كثير من النظم المعمول بها، لا تعرض دساتيرها أو تحديلاتها على هيئة الناخبين لأخذ رأيها في إقرارها أو رفضها^(٤).

(١) في سويسرا يتعين أن يوقع مائة ألف مواطن على طلب إجراء استفتاء تسمى لإمكان المضي فيه، وفي إيطاليا يجب أن يكون الطلب موثقاً عليه من خمسمائة ألف مواطن.

(٢) في الدانمارك يجوز لثلاث أعضاء برلمانها Folketing التقدم بطلب لإجراء استفتاء شعبي. وكثيراً ما ينتهي هذا الاستفتاء بتأييد الشعب للأغلبية البرلمانية.

(٣) أنظر في ذلك دستور الاتحاد السوفييتي المعمول به عام ١٩٧٧ قبل تصدع هذا الاتحاد.

(٤) أنظر في ذلك الدستور الكندي لعام ١٨٦٧. ومع ذلك فقد أجرى استفتاء في كندا في ٢٠ مايو ١٩٨٠ بمقتضى قانون صدر لهذا الغرض حول بقاء مقاطعة كويبك في الاتحاد الكندي أو انفصالها عنه. وبالرغم من أن نتيجة الاستفتاء كانت في صالح بقاء هذه المقاطعة في الاتحاد، إلا أن رئيس وزرائها لم يستل على أسس من هذه النتيجة لا تحجب بذاتها عنه ثقة مواطنيها فيه.

المطلب الرابع

الأثر القانوني المترتبة على الاستفتاء

٩٢١- لكل استفتاء نص عليه الدستور، دائره يعمل فيها. وفي نطاق هذه الدوائر، يتحدد أثره. فالاستفتاء على تعديل تقترح السلطة التشريعية - بأغلبية ثلثي عدد أعضائها - إجراءه في الدستور، مؤداه أن يصير هذا التحديل نافذاً - لا من تاريخ موافقة هيئة الناخبين على التحديل - ولكن من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

وموافقة أغلبية المواطنين على حل السلطة التشريعية، مؤداه أن يصدر رئيس الجمهورية وجوباً قراراً به.

وعرض التدابير التي اتخذها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة ٧٤ من الدستور على المواطنين لاستفتائهم فيها خلال ستين يوماً من تاريخ اتخاذها، مؤداه تصديق المواطنين الذين قبلوها - بأغليبتهم المطلقة - على هذه التدابير، وإلا كان اعتراضهم عليها، رفضاً لها.

وعرض النزاع بين السلطين التشريعية والتتفيذية على المواطنين لاستفتائهم في مسئولية الوزارة عن موضوع محين، مؤداه اعتبار السلطة التشريعية منحلة بحكم الدستور إذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة، وإلا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة.

على أن الدستور قد لا يحدد الأثر القانوني المترتبة على استفتاء المواطنين في بعض المسائل فلا يكون أمام جهة الرقابة القضائية، إلا بيان نطاق هذه الآثار بما يحيط بها، ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٢ من الدستور من تخويل رئيس الجمهورية، الحق في استفتاء المواطنين في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد الطيا. فإذا صدر قانون من السلطة التشريعية على ضوء نتيجة هذا الاستفتاء، فمن هذا القانون لا يعتبر معصوما من الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية ولا منطقياً على تعديل أحكام الدستور القائم.

وإذا قيل بأن السيادة تسعد للمواطنين في مجموعهم باعتبارهم وعاء هذه السيادة ومصنرها على ما تنص عليه المادة ٣ من الدستور، إلا أن السيادة الشعبية التي يمارسها هؤلاء ويحمونها ويصونون من خلالها الوحدة الوطنية، حدها قواعد الدستور التي تسمو حتى على القوانين التي تقرها السلطة التشريعية إعمالاً منها للنتيجة الاستفتاء. ذلك أن جمود الدستور، مؤداه حظر تعديل قواعده بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه.

وليس لأي قانون نقره السلطة التشريعية على ضوء نتيجة الاستفتاء، غير المرتبة ذاتها المقررة لغيره من القوانين، فلا هو فوق الدستور، ولا في قوة أحكامه، ولا في مرتبة وسطى بين الدستور والقانون. وإنما شأن القوانين التي تقرها على ضوء نتيجة الاستفتاء، شأن غيرها من القوانين التي تقرها وفقاً لنص المادة ٨٦ من الدستور، ولها بالتالي درجتها لا تعلوها، وإنما تساويها.

على أن سكوت الدستور عن بيان الأثر القانوني للاستفتاء في أحوال معينة، لا يعنى أن نحدد جهة الرقابة القضائية، هذه الأثر في إطار سلطة تقديرية لا ضابط لها. وإنما يتعين أن نحدد هذه الجهة تلك الأثر، بالنظر إلى نطاق وخصائص الحقوق التي مسها الاستفتاء.

فإذا كان رئيس الجمهورية قد قصد إلى إضعافها من خلال استفتاء المواطنين عليها، فإن الضمانة التي كفلها الدستور لهذه الحقوق هي التي تسود. إذ لا يتصور أن يكون المواطنون قد قصدوا حقيقة إلى الانتقاص من حقوقهم التي كفلها الدستور، ولا إلى تكليس ضماناتها.

فإن كان الاستفتاء قد قرر لهم حقوقاً تزيد عن تلك التي صلاها الدستور، اعتبر الاستفتاء إرهاباً بضرورة تعديل أحكامه لا يجوز بغير الأوضاع المنصوص عليها فيه.

بما مؤداه أن حقوق المواطنين وحرياتهم التي يدور الاستفتاء حولها؛ إما أن تعلو على مستوياتها المقررة بالدستور، وإما أن تكون أقل منها، ولا يحلها الاستفتاء في الصورة الأولى إلى حقوق تسمو على الدستور، وإنما يتعين تعديل الدستور لاستيعابها.

ولا يعصمها الاستفتاء في الصورة الثانية من الرقابة القضائية؛ وإنما يكون القانون الذي قلنها مخالفاً للدستور لخروجه على أحكامه.

المطلب الخامس

شروط الاستفتاء

٩٢٢- ويتعين دائماً في كل استفتاء، أن يصاغ السؤال المطروح به على نحو يكون به مستقيماً Uprightness ومباشراً، فلا يكون ملتوياً مضللاً La Condition de Loyauté، ولا مشوباً بالغموض لينبهم على أوساط الناس La condition de clarté، سواء بالنظر إلى تعقيد أو لاتواء الصيغة التي أفرغ فيها على قدر من الخداع Dishonesty؛ ولا جامعاً بين عناصر

مختلفة يستحيل التوفيق بينها، وكلها صفقة متكاملة Package deal إما أن تؤخذ بتمامها -ربكافة عيوبها- أو أن تترك في كل أجزائها^(١).

وتظهر هذه الصورة الأخيرة، كلما عرض رئيس الجمهورية على هيئة الناخبين مسائل مختلفة لا تتوافق أجزاؤها، ولا تتلاقى في أهدافها، فلا تتحد في نسجها. وهو ما يبطل عملية الاستفتاء التي يشترط لصحتها ألا يكون الموضوع المعروض على هيئة الناخبين جامعا بين الأشياء ونقائضها، لتتألف أجزاؤه جميعها.

وحتى إذا حاول رئيس الجمهورية أن يقرب الأجزاء التي تنسم بالتناقض إلى بعضها، فإن عرضها على هيئة الناخبين مع تباعدها عن بعضها البعض واضطراب معناها وغموض حقيقتها، يعد تكتيكا عليها، وحملا لها على قبول مسائل تختلط فيها العناصر التي ينفرون منها، بتلك التي يميلون إليها بالنظر إلى جاذبيتها. وفي ذلك إذعان لا يليق.

ويتعين بالتالي أن يكون الاستفتاء منصبا على واقعة محددة بصورة قاطعة - مادية أو قانونية لها من وضوحها ما يجعل فهمها مستقيماً، ومن تلاحم أجزائها ما يؤكد ترابطها. فلا يتخبط أحد في فهم المقصود منها، وإلا بطل الاستفتاء وكذلك كل قانون صدر على ضوء نتيجته.

المبحث الثانيفى مدى خضوع القوانين الاستثنائية للرقابةالقضائية على الشرعية الدستورية

١٩٢٣- جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن ما نص عليه الدستور من تخويل رئيس الجمهورية حق استفتاء الجماهير فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا، لا يخرج عن أن يكون ترخيصاً لرئيس الجمهورية بعرض المسائل التى يقدر أهميتها واتصالها بالمصالح القومية الحيوية، على هيئة الناخبين لاستطلاع رأيها فيها من الناحية السياسية.

ومن ثم لا يجوز أن يتخذ هذا الاستفتاء -الذى رخص به الدستور، وحدد طبيعته، والفرض منه- ذريعة إلى إهدار قواعده ومخالفاتها. كما أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت فى الاستفتاء، لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية التى لا يجوز تعديلها إلا وفق القواعد الإجرائية الخاصة المنصوص عليها فى المادة ١٨٩ من الدستور.

وبالتالى لا تصحح هذه الموافقة ما قد يشوب للنصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عوار مخالفة الدستور. وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كمثل تشريعى أدنى مرتبة من الدستور، فتتقيد بأحكامه، وتخضع بالتالى للرقابة على الدستورية التى تتولاها هذه المحكمة^(١).

وعلى نقض وجهة نظر هذه المحكمة، لا يباشر المجلس الدستورى الفرنسى للرقابة القضائية التى يتولاها، إلا على القوانين التى لفتزع البرلمان عليها، لتتخسر عن القوانين التى ووفق عليها فى الاستفتاء Les lois référendaires. على أساس القوانين فى الصورة الأولى تعبىر غير مباشر عن السيادة للشعبية، ولكنها تعبىر مباشر عن هذه السيادة فى الصورة الثانية^(٢).

Les lois que le constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité, sont uniquement les lois votées par le parlement et non celles qui, adoptées par le

(١) القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ قضائية دستورية جملة ٢١ يونيو ١٩٨٦- قاعدة رقم ٥١- من ٣٥٣ وما بعدها من الجزء الثالث من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) C.C. 92- 313 D.C. 23 Sep. 1992, R.p. 94.

هذا ويستمد المجلس الدستورى الفرنسى ولايته فى شأن النظر فى انتظام العملية الاستثنائية وإعلان

نتائجها من نص المادة (٦٠) من الدستور الفرنسى التى تخوله هذا الاختصاص والتى جاء نصها كالتالى:

Le conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats.

peuple français a la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.

٦- تقييم قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن القوانين الاستثنائية

(أ) يلاحظ أولاً أن اللجوء إلى الاستفتاء العام لإقرار قوانين بذاتها تنظم مسائل معينة، وإن كان أسلوباً نادر الوقوع في الحياة العملية؛ إلا أن حرمان الجهة القضائية من فرض رقابتها على القوانين الاستثنائية يعصمها من الرقابة المحايدة التي تباشرها هذه الجهة. وهي بعد رقابة تشكك الحاجة إليها وتعاظم أهميتها بالنظر إلى أن هذه القوانين لا تتناول في الأعم من الأحوال مسائل قليلة الأهمية، ولكنها تواجه أكثرها خطراً واتصالاً بالمصالح القومية؛ كذلك التي تؤثر في نطاق حقوق المواطنين وحرياتهم.

(ب) وقد تتخذ الدولة من هذه القوانين موطئاً لتمرير نصوص قانونية تروبو سوءاتها على مواطنيها، فلا يكون لجوؤها إلى الاستفتاء العام لإقرارها، وسيلة استثنائية تواجه بها أوضاعاً لها خطرها، بل نهجا متواصلاً لهم الشرعية الدستورية، وخرق متطلباتها.

(ج) وقد نقوض هذه القوانين بأحكامها نصوص الدستور ذاتها، ولو في بعض أجزائها؛ كأن تعيد فرض عقوبة الإعدام التي حظرها الدستور؛ وكأن تنقل إلى القطاع الخاص، ملكية بعض المرافق التي أحلها الدستور في نطاق الملكية العامة بالنظر إلى حيويتها.

فلا يكون الاستفتاء العام غير بديل عن العمل البرلماني مع فارق هام، هو إخضاع القوانين التي يقرها البرلمان للرقابة القضائية في الوقت الذي تتحرر فيه لقوانين الاستثنائية منها، لنتهيئاً للسلطة التنفيذية فرص التدخل في العملية التشريعية بصورة أكبر وأشمل بتخطي بها الحدود التي رسمها الدستور لولايتها، إخلالاً بالتوازن بينها وبين السلطة التشريعية.

(د) كذلك تمثل التفرقة التي أجراها المجلس الدستوري الفرنسي بين القوانين الاستثنائية وغيرها من القوانين، تمييزاً بين التعبير المباشر عن السيادة، والتعبير غير المباشر عنها. وهي وجهة نظر يعيبها أنها تفرض علو القوانين الاستثنائية في مرتبتها على القوانين البرلمانية، بالمخالفة لنص المادة الثالثة من الدستور الفرنسي التي لا تقيم تدرجاً هرمياً بين هاتين الصورتين من صور مباشرة السيادة الوطنية^(١).

(١) تنص المادة ٣ من الدستور الفرنسي على أن السيادة الوطنية يملكها الشعب. وهو يباشرها من خلال نوابه وعن طريق الاستفتاء.

(هـ) وإذا قيل أن من غير المفترض أن تخل هيئة الناخبين بفرائض السيادة الشعبية التي تباشرها من خلال الاستفتاء، وأن هذا الاقتراض غير قائم في القوانين البرلمانية التي كثيراً ما تخرج على حدود الدستور مما يقتضى فرض الرقابة القضائية عليها؛ إلا أن شمة حقيقة لا يجوز إغفالها حاصلها أن القوانين الاستفتاءية ذاتها قد تجاوز حدود الدستور. فلا يكون تصويبها من خلال فرض الرقابة القضائية عليها، عملاً مخالفاً للدستور، بل واقعا في إطار أحكامها التي لا يجوز تعديلها بغير الإجراءات المنصوص عليها فيه. وتظهر خطورة الاستفتاء على الأخص على ضوء ما نشهده من أن الجماهير كلما تبصر بنفسها الأثر الخطيرة التي ترتبها القوانين الاستفتاءية، ولا تحبط بأبعادها وآثارها في محيط العلاقات القانونية التي تنسم بدقتها.

(و) والسذين لا يدركون مخاطر القوانين التي ووفق عليها في الاستفتاء، يتصورون أن اللجوء إليها لا يكون إلا في الأكل من الأحوال، ويتناسون أنها اليوم تكاد أن تكون طريقاً مألوفاً لتخطى السلطة التشريعية، وأنها تتناول كل موضوع، وأن رئيس الجمهورية كثيراً ما يستترع بالاستفتاء لتجاوز الرقابة القضائية التي تنجو منها القوانين التي تطرح فيه، وعلى الأخص تلك التي يخشى رئيس الجمهورية من اعتراض البرلمان عليها. ومن ثم يكون الاستفتاء معادلاً في أثره لحرية التشريع La liberté de légiférer التي لا يتمتع البرلمان بها بالنظر إلى تقيده بنصوص ومبادئ الدستور وهو كذلك تحييد لجهة الرقابة القضائية من جهة منعها من تقييم القوانين الاستفتاءية والنظر في اتفاقها أو مخالفتها للدستور.

(ز) والتميز في مجال الرقابة القضائية على الدستورية بين السيادة الوطنية المباشرة وغير المباشرة، قولاً بأن روح الدستور تصوغ هذا التمييز، مردود بأن تعبير روح الدستور يشوبه الغموض، ويثير جدلاً عميقاً في الأوساط الفقهية والقضائية حول حقيقة محتواه. وهو كذلك منزلق خطر، وكثيراً ما يفضى إلى لجهاد خاطئ.

(ح) والقول بأن القوانين التي تقتزع عليها السلطة التشريعية، هي تعبير غير مباشر عن السيادة الوطنية التي لا يجوز أن يحرفها البرلمان، وأن هذا الاعتبار لا يقوم بالنسبة إلى القوانين الاستفتاءية التي تقرها للجماهير كتعبير عن إرادتها بطريق مباشر-يغير وساطة من أحد- مردود بأن الإرادة الوطنية مقيدة في هاتين الصورتين بالدستور ما بقي قلتما لم يحل.

ولئن جاز لهيئة الناخبين أن تبدل الدستور القائم بغيره إلا أن شرط ذلك- في غير حالة الثورة على الأوضاع القائمة جميعها- أن يتقيد بتعديلها للدستور، بالإجراءات التي رسمها.

(ط) ليس ثمة مبرر للقول بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية، تقوم الهيئة القضائية في حلبة السياسة بدورها المعقدة، ومزقتها الخطرة، وغابتها المتشابكة. ذلك للقوانين البرلمانية ذاتها. لا ينظر إليها - في مجال الفصل في دستورتها - كمجرد تطبيق لفضلى لنصوص الدستور. ولكنها رقابة تختلط فيها هذه النصوص بالسياسة في ألوانها وتياراتها المختلفة.

يؤيد ذلك أن للشرعية الدستورية لا تحدد ضوابطها من منظور دون آخر، وإنما تحكمها عوامل قانونية وسياسية واقتصادية واجتماعية، تتداخل فيما بينها، وتدخلها جهة الرقابة القضائية في اعتبارها سواء من خلال مفهوم مشترك يضمنها إلى بعض، أو عن طريق ترجيح بعضها على بعض. فلا تكون الرقابة القضائية على الدستورية تحييراً في الفراغ عن مفاهيم ينتحلها القضاء وكأنهم يعيشون في أبراجهم العلى.

(ى) أن الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية، تعليمية وتصويبية في آن واحد، فإذا أخل بالدستور قانون ووفق عليه في استفتاء عام، فلم ينج منها^(١).

تلك هي المآخذ على قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن عدم خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة على الشرعية الدستورية.

وتخفيفاً من غلوها، يقرر فريق من الفقهاء أن هذا المجلس لازال يملك بعض الأسلحة في مواجهة هذه القوانين، تأسيساً على أن قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء، وإن كان لا يجوز لطعن فيه، إلا أن المادة ٦٠ من الدستور الفرنسي تخول للمجلس حق إيداء رأيه في المرسوم المنظم للعملية الاستثنائية، وكذلك في نصوص القانون الاستثنائي بعد عرضهما عليه من الحكومة، وقبل طرح موضوع الاستفتاء على الناخبين لاستفتاء فيه^(٢).

Le décret relatif à l'organisation des opérations de référendum et le texte de la loi référendaire.

(١) انظر في الانتقادات الموجهة إلى قضاء المجلس الدستوري الفرنسي في شأن القوانين الاستثنائية:

Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 3 e édition. 173- 179.

(٢) يلاحظ أنه لا يوجد نص قانوني يمنع المجلس الدستوري صراحة من نشر أرائه هذه، إلا أن المجلس

يترك للحكومة حرية نشر قراراته الاستثنائية تلك أو عدم نشرها.

وأرأوه هذه وإن لم تكن فصلاً قضائياً في المسائل التي تتناولها، وإنما تتمحض عن آراء إستشارية خالصة^(١). Purement legislative إلا أن بإمكان المجلس الدستوري الفرنسي، أن يرفض إبداء رأيه في الطريقة التي تدار بها العملية الاستفتاءية، وأن يرفض كذلك إعلان نتائجها ليجبض المبادرة التي اتخذتها الحكومة في شأن استفتاء المواطنين في موضوع معين، خاصة وأن من اختصاص المجلس مراجعتها في كافة التدابير التي تتخذها في شأن الاستفتاء لضمان انتظامها La régularité des operation de referendum. وهو بذلك ينيها -حال إصرارها على استفتاء يناقض الدستور- إلى أنه لن يراقبه، وأن يعلن نتيجته، ليضع الحكومة في موقف شديد الصعوبة قد يثير المواطنين ويستلجهم ضدها^(٢).

(١) C. C. dec. 1960, Regroupment national, R.p. 67.

(٢) ويلاحظ أن المجلس يستطيع أن يبدى رأيه في الطريقة التي صيغ بها السؤال المطروح في الاستفتاء، وقد يعيد تركيبه بمفصلة نظره في مشروع القانون المستقضى عليه. انظر في ذلك تعليق الأستاذ Leuchaire عضو المجلس الدستوري الفرنسي السابق على نص المادة (٦٠) من الدستور الفرنسي وذلك في ص ١١٠٧-١١٠٩ من مؤلف عنوانه:

' "la constitution de la Republic francaise, "Analyses et commentaires sous la direction de franco, is Luchaire et Gerard Conac, Economica, 2 e edition, 1987.

الفصل السادسالإحراق في استعمال السلطة التشريعيةالمبحث الأولالمفهوم العام لمعنى استعمال السلطة

٩٢٤- لا يتوخى المشرع بتنظيمه للحقوق على اختلافها -كالحق في الحياة، وفي الحرية الشخصية، وفي حرية التعبير- أن يكون هذا التنظيم دلترا في فراغ. وإنما الأغراض المحددة التي يستهدفها ويعمل على تحقيقها، هي التي تحدد مقصده من هذا التنظيم، ومضمون النصوص القانونية التي يحتويها، وحقيقة المسائل التي يتناولها. ومن ثم تكل هذه الأغراض على وجهة المشرع فيما أقره من النصوص القانونية، فلا يكون حقيقة ثوبها بعيدا عن مقاصدها.

ويفترض بالتالى فى كل قاعدة قانونية، تنفيها لأغراض تستهدفها. ذلك أن هذه الأغراض هي دوافعها التي تحركها وتوجهها وجهة بذاتها يكون قصد المشرع منصرفا إليها، كحرمان الأشخاص الذين يخطرون من عرق معين -ويقصد وصمهم بما يحقرهم- من مباشرة حرفة بذاتها، أو من امتنان بعض الأعمال، أو من الانتفاع ببعض المرافق، أو من دخول بعض أماكن الانتجاع، ودور اللهور، وحلق الحيون، ووسائل النقل العام. ذلك أن المشرع أقر هذا الحرمان من خلال قاعدة قانونية وجهها العرق، ليكون هذا العامل محركا للقاعدة القانونية، ومحددا لمضمونها ونطاق تطبيقها، خاصة إذا كان هذا العامل مجرد تعبير عن سياسية تشريعية منهجية تنسم بالحزم في تنفيذها، والغلو في اقتضاها من المخاطبين بها.

٩٢٥- وكلما أضمر للمشرع هدفا غير مشروع فيما أقره من القواعد القانونية، تعين القول بمجاوزتها حدود استعمال السلطة، ولو كان المشرع يعمل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق. ذلك أن هذه السلطة حدما قواعد الدستور^(١).

٩٢٦- ومن ثم تكون المصلحة العامة قيدا غائيا على السلطة التقديرية للمشرع. وهو قيد مؤداه ألا يحداز المشرع لغرض غير مشروع.

(١) لا توجد سلطة تقديرية مطلقة في مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين. ذلك أنه حتى ولو لم يقيّد الدستور المشرع بضوابط معينة أكرمه بالحضوع لها فيما يقره أو يصدره من النصوص القانونية، فإن على المشرع -في مجال تنظيم الحقوق- أن يختار أكل القيود عليها وأكثرها ملائمة لتحقيق الأغراض التي يستهدفها.

ويتعين بالتالى ألا يتغيا للقانون غير الأغراض التى يلذن الدستور بها أو التى لا يعارضها. فإذا حوم القانون حول غرض غير مشروع، وكان لهذا الغرض دور فى توجيهه الوجهة التى صار عليها، ولو لم يكن هذا الدور جوهرى، ولا عنصرا وحيدا فى تشكيل أحكامه، تعين وصمها بإساءة استعمال السلطة بالنظر إلى الأغراض المخالفة للدستور التى خالطتها، ولتلى كان عليها ألا تقرها، ولا أن تخلها فى اعتبارها.

وتعبر المحكمة الدستورية الطيا عن ذلك بقولها بأن نصوص الدستور متلفة فيما بينها، لا تتماهى أو تتكامل، بل تتجانس فى معانيها وتتضافر فى توجهاتها. ولا وجه بالتالى لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصلامها. ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفترض للعمل بها فى مجموعها. وشرط ذلك اتساقها وترابطها، والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضمونا ذاتيا لا ينزل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها، بل يقوم إلى جوارها مقيدا بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التى تجمعها^(١).

بما مؤداه أن ثمة أغراض نهائية ومقاصد كلية تصل نصوص الدستور بعضها ببعض وتربط بينها، ويتعين أن تصر هذه النصوص على ضوئها، وأن يتقيد المشرع بها. وعلى الجهة القضائية أن تبدل كل جهد من أجل كشفها حتى تقيس عليها القوانين التى أقرتها السلطة التشريعية، لتبطلها إذا بان لها أنها أقرتها انحرافا منها عن الحدود التى فرضها الدستور على وظائفها.

(١) القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية "دستورية" - جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ - قاعدة رقم ٣/١٥ - ص ١٤٣ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

المبحث الثاني

الأغراض التي يستهدفها المشرع من النصوص القانونية

٩٢٧- يتعين التمييز بين سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، وهو ما يعتبر عيباً قصدياً في تشريعاتها يتصل بالأغراض التي توختها من وراء تبليغها لها؛ وبين خطئها في تقدير واقعة أو سوء فهمها لأوضاع قام القانون عليها، أو قصد إلى تنظيمها.

ذلك أن خطأها في التقدير، وسواء كان بيناً أو محدوداً، هو خطأ في تقييم مداخل العملية التشريعية ذاتها. وهو بالتالي غير مقصود.

ولا كذلك إساءة استعمال السلطة، إذ هو الخروج قصداً عن ضوابط المصلحة العامة في العملية التشريعية، وتحريفاً لها من خلال أغراض مخالفة للدستور تغالطها.

وهي أغراض يتعين تجنبها بالنظر إلى أن صون الدستور وتقرير الحماية الكاملة لأحكامه، لا يتحقق بغير التقيد بالأغراض التي تربط قواعده ببعضها، وتضمنها إلى بعض في إطار وحدة عضوية تجمعها.

٩٢٨- ومن غير المتصور أن تكون السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، منفصلةً ضوابطها، متحررة من كوابحها. ذلك أن حدها قواعد الدستور التي تقيد من إطلاقها وتعتبر تخوماً لها تحد من حركتها.

وهذه القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية في مجال التقدير، مردها من ناحية أن من المفترض في كل قانون أن يكون منطوياً على تقسيم من ناحية الأعباء التي يلتقيها على البعض أو المزاي التي يمنحها لفريق دون آخر. وشرط موافقة هذا القانون للدستور حلو أثر في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع- ألا تنفصل النصوص القانونية المنطوية على هذا التقسيم، عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي تتوخاها، بالوسائل إليها، منطقياً وليس واهياً.

ومن ثم تكون هذه النصوص وسائل منطقية لتحقيق هذه الأغراض. فإذا انفصم اتصالها بها، وجب إبطالها.

ويفترض دوماً في الأغراض التي يتبناها المشرع، أن توافق مقاصد الدستور، وإلا سقط ما كان غير مشروع منها.

المبحث الثالثالتمييز بين مقاصد تشريعية لا تتعارض للدستور ومقاصد تشريعية تخالفه

٩٢٩- ويتعين كذلك التمييز بين نوعين من الأغراض التي يستهدفها المشرع، وبلور على ضوءهما النصوص القانونية التي أقرها.

أولاً: أغراض تشريعية لا تتعارض للدستور. وهذه لا يجوز للجهة القضائية أن تتدخل فيها، ولا أن تلغسها باعتبارها واقعة في نطاق سلطة التقدير التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، وهي سلطة لا يجوز معها للجهة القضائية أن ترن بمقاييسها الخاصة، السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين؛ ولا أن تخوض في ملاءمتها؛ ولا أن تتحل للقواعد القانونية التي أقرها غير حقيقة أهدافها، ولا أن تحل خياراتها محل انتقاء السلطة التشريعية لوسائلها في تنظيم هذا الموضوع.

ذلك أن السلطة التشريعية يكفيها -وفيما خلا القيود التي يفرضها الدستور عليها- أن تباشر اختصاصاتها التشريعية مسئلة في ذلك كافة الأغراض التي يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها، وسائل منطقية تصلها بها^(١).

ومرد ذلك أن التقدير في نطاق السلطة التشريعية، موداه مغاضلتها بين بدائل مختلفة وأغراض متعددة. وحسبها في اختبار هذه الوسائل أن تكون غير مخالفة للدستور؛ وفي الموازنة بين الأغراض المختلفة، أن تلتزم جميعها وأغراض يقرها الدستور. ولا يجوز للجهة القضائية بالتالي أن تخوض فيما هو مشروع من الوسائل أو الأغراض.

ولا كذلك مقاصد المشرع المخالفة لأغراض الدستور أو غاياته النهائية. إذ هي أغراض محظورة لا يجوز أن يستهدفها، وإلا كان القانون مشوباً بإساءة استعمال السلطة.

فضمن حق المواطنين في المعاش لا شبهة فيه باعتباره من صور التكافل الاجتماعي. والنصوص القانونية التي يقرها المشرع لتحقيق هذا التكافل، لا منافاة فيها للدستور بقدر ارتباطها عقلاً بإيفاء هذا الغرض. ولا كذلك النصوص القانونية التي يتدخل بها المشرع

(١) القضية رقم ٣ لسنة ١٦ قضائية دستورية - جلسة ٤ فبراير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٣/٢٦ - ص ٥٢٩ من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة.

لحماية الدولة من الناقدین لها، وكأنها فوق القانون^(١). ذلك أن حماية الدولة على هذا النحو، امتنان للقانون، وهو كذلك غرض غير مشروع لا يجوز أن يظللها ليضفى حصانة على أعمالها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن <من غير المحتمل أن يكون انتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام، تبصيرا بنواحي التقصير فيه، مؤديا إلى الأضرار بأية مصلحة مشروعة، وأن من غير الجائز أن يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة العامة أو مواطن الخلل في أداء ولجاتها، وأن للنظر في أعمال القائمين بالعمل العام، وتقويم اعوجاجهم يعتبر واجبا قوميا كلما نكل هؤلاء عن حقيقة واجباتهم إيمالا أو لاحرافا.

ذلك أن ما يميز الوثيقة الدستورية، ويحدد ملامحها الرئيسية، هو أن الحكومة خاضعة لمواطنيها ولا يفرضها إلا الناخبون.

وترتبط مرتبطة تصرفاتها، بالحقوق التي ترتكز في أساسها على المفهوم الديمقراطي لنظام الحكم. ويلدرج تحتها محاسبة الحكومة ومسايلتها على أخطائها، وإلزامها مراعاة الحدود والخضوع للضوابط التي فرضها الدستور عليها. وعلى الأخص لأن انتقاد القائمين بالعمل العام مشمول بحماية الدستور، تغليا لحقيقة أن الشئون العامة وقواعد تنظيمها وطريقة إدارتها، ووسائل النهوض بها، أمر وثيق الصلة بالمصالح المباشرة للجماعة، ويؤثر بالضرورة في تقدمها، وقد ينعكس بأهدافها مترجما بطموحاتها إلى الورا^(٢)>.

٩٣- وكما يتقيد التقدير في عمل السلطة التشريعية بنوع الأغراض التي يتوخاها، فإن هذا التقدير يتقيد كذلك بحقيقة أن المشرع حين يوازن ويفاضل بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها على تنظيم موضوع معين، فإنه يختار من بينها أنسبها لفجواه، وأحرابها

(١) انظر في ذلك المادة ٨٢/٤ من قانون العقوبات التي تفرض عقوبة جنائية ثقيلة على من ينيحون في

الخارج عن عدد لأخبارا كاذبة تهم هيئة الدولة واعتبارها

(٢) القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية دستورية جلسة ٢٠ مايو ١٩٩٥ - لقاعدة رقم ٣/١/٤٥ - من ٧٤١

وما بعدها من الجزء السادس من مجموعة أحكام المحكمة

بتحقيق الأغراض التي يتوحيها، وإلغائها تنقيدا للحرية، وكفلها لأكثر المصالح نقلا في مجال ضمانها^(١).

كل ذلك بافتراض مشروعية هذه البدائل جميعها، واتصالها بالحقوق محل التنظيم، وأنها أداة ضمان هذه الحقوق وطريق الوصول إليها. ولا يجوز بالتالي تنظيم الحقوق لغير مصلحة واضحة لها اعتبارها^(٢).

٩٣١- وما تقرره المحكمة الدستورية العليا من أن التنظيم المقارن للرقابة على الشرعية للدستورية، لا يخلوها أن تزن بنفسها -بمعاييرها- ما إذا كان القانون المعروض عليها لازما، وما إذا كان إقراره ملائما، وأن واجبها ينحصر في أن ترد للنصوص القانونية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تناقش بواجبها أو تخوض في دوافعها، ما تقرره في ذلك، يفترض أن تكون لهذه النصوص بواجبها أو دوافعها غير المخالفة للدستور.

ذلك أن نصوص الدستور -في غاياتها- تعتبر قيودا على السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحقوق. بما مؤداه أن الدستور وإن خول المشرع أن يحدد للنصوص القانونية التي يقرها وجهتها النهائية، وأن يصوغ قولها وفق الأغراض التي يستسيبها، إلا أن شرط ذلك أن تكون هذه الأغراض التشريعية موفقة لأغراض يكفل الدستور لها الحماية.

فإن كان يزدريها أو يناهضها، فإن خوض الجهة القضائية في حقيقة هذه الأغراض يكون واجبا، وعليها أن تبطل النصوص القانونية التي استلهمتها جزاء مخالفتها لنصوص الدستور في غاياتها، على تقدير أن عمل المشرع يعتبر انحرفا عن الحدود التي كان يتعين أن يلتزمها في مباشرة سلطته التقديرية.

(١) القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ -قاعدة رقم ١٠/٧- ص ١١٤ من الجزء السابع من مجموعة أحكام المحكمة؛ والقضية رقم ١٤ لسنة ١٦ قضائية دستورية -جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٤/٤٧- ص ٧٢٣ وما بعدها من الجزء السابع. انظر كذلك القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق دستورية -جلسة ١١/١١/١٩٩٦ -قاعدة رقم ١٣/١٢، ١٤- ص ١٧٥ من الجزء الثامن؛ والقضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ قضائية دستورية -جلسة ٤ يناير ١٩٩٧ -قاعدة ٦/١٥- ص ٢١٢ من الجزء الخامس.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية -جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ -قاعدة رقم ٢٠/٢٤- ص ٣٦٠ من الجزء السابع.

٩٣٢- وقد تتظاهر السلطة التشريعية بتقيدها بنصوص الدستور في غاياتها، ولكنها تلتصق عليها من خلال نوايا مستترة تبطنها، وتصوغ تشريعاتها على ضوءها.

ومن ثم تكون تشريعاتها هذه، محض تعبير عن تبنيتها أهدافا مخالفة للدستور. وإقرارها لها على هذا النحو، مؤداه أن انحرافها في استعمال سلطتها التشريعية، يعتبر عيبا غائيا يرتبط بالأغراض المخالفة للدستور التي خرج للقانون من رحمها.

٩٣٣- وإذا تصوغ السلطة التشريعية تشريعاتها بما يوجهها لتحقيق أغراض مخالفة للدستور، فإنها تفعل ذلك قصدا حتى تكفل تنفيذ الأغراض الحقيقية التي تسعى إليها.

وهو ما يؤكد أن انحرافها في استعمال السلطة يعتبر كذلك عيبا قصديا.

ذلك أنها تستر عمدا ظاهر القانون بأغراض مخالفة للدستور أبطنها في نفسها، وكان لها أثر في توجيه الوجهة التي صار إليها.

فالسلطة التشريعية قد تصدر بتقسيم الدوائر الانتخابية قانونا يستند وفق هدفها المعلن لمعامل ديموغرافية أو جغرافية، ولا يتوخى في الحقيقة غير تبديد قوة أصوات خصومها وتشتيتها حتى لا تتحقق لها في بعض الدوائر أو في أغلبها، أغلبية تكفل لها الفوز بها.

وقد تصدر السلطة التشريعية قانونا في شأن المعاهد التعليمية، ولا يكون هدفها من هذا القانون إلا التأثير في العملية التعليمية على نحو يعطل حرية إجراء البحوث العلمية فيها.

وقد تنتظم هذه السلطة الانتفاع ببعض المرافق لأغراض تنظيمية في الظاهر، كصحة المواطنين في مجموعهم، ولا يكون هدفها في حقيقة الأمر غير إقصاء أقلية بذاتها عن هذا الانتفاع^(١).

ففي هذه الفروض، يتخذ القانون في ظاهرة معناه مخالفا لحقيقة النوايا التي أبطنها السلطة التشريعية ووجهتها لإقراره، بما يجعل القانون بريئا في مظهره، ملوثا واقعا في

(١) قد يصدر قانون ينظم الانتفاع بحمامات السباحة في بعض المرافق. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض اقتصادية كالقول بأن فتح هذه الحمامات للكافة - بما في ذلك السود - قد يمنع الأغلبية البيضاء من ولوجها، فلا يكون الانتفاع بها مجز اقتصاديا. وقد يبرر المشرع هذا القانون بأغراض تتصل بالأمن العام كالقول بأن الجمع بين البيض والسود فيها يؤدي إلى تصادمهم ببعض ويشير بالتالي قذالتي يتعين تجنبها. بيد أن النوايا في حقيقة هذه الأغراض، قد يدل على أن هذا التنظيم التشريعي لا يتوخى غير حجب الأقلية السوداء عن الانتفاع بذلك المرفق لأغراض عنصرية، بما يؤكد عندئذ انحراف السلطة التشريعية في استعمال السلطة.

مقاصده التي يتعين على الجهة القضائية أن ترددها على أعقابها، وأن تبطل كل قانون اقترح بها، على تقدير مجاورة هذا القانون لحدود استعمال السلطة، سواء كان خروج المشروع على هذه الحدود ظاهرا أم مستترا

وحتى لو اختلط غرض مشروع بغرض غير مشروع في إقرار هذا القانون، فبإمتزاج هذين الغرضين ببعض، يجعل من المتعذر على الجهة القضائية أن تحدد مبلغ الأثر الذي كان لأيهما في تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجهتها -ولو في بعض جوانبها- أغراض مخالفة لنصوص الدستور في غاياتها

ولا يجوز القول بالتالي بأن الغرض غير المشروع، يتعين أن يكون مائلا في القانون من كل جوانبه غير مستلهم سواء، ولا أن يكون أثر هذا الغرض في تكوين نصوص القانون جوهريا أو رئيسيا، وإنما يتحقق مجاوزة السلطة من خلال احتوائها لغرض غير مشروع، ولو كان جانبيا.

المبحث الرابع

تحول بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة

٩٣٤- وإذا انتقلنا من التصميم إلى التّأصيل، وأردنا بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة التشريعية، نعين القول بأن كل قانون يفترض احتواءه على النصوص القانونية التي قصد المشرع بإقرارها، أن تعمل في مجال تطبيقها، ووفق شروط سريانها في حق المخاطبين بها An operative rule، وأن يكون لهذه النصوص مقاصد تتوخى تحقيقها Objectives or motives، وأثاراً ترتبها Effects- consequences or impact.

ولئن جاز القول بأن الآثار التي ترتبها القاعدة القانونية، تتصل بمضمونها، وأن أثارها هذه تتمثل في تعديلها لمراكز قانونية قائمة أو إلغائها، ويتعين بالتالي فصل آثار القاعدة القانونية عن الأغراض التي قصد المشرع إلى تحقيقها من وراء إقرارها؛ إلا أن ما يحدد مضمون القاعدة القانونية، ويبلور الآثار التي ترتبها في محيط العلائق القانونية، يتمثل في أن المشرع لا يصوغ القاعدة القانونية إلا بقصد تحقيق غرض معين يكون مقصوداً منها ليتحد على ضوئه مضمون هذه القاعدة وأثرها.

فالقاعدة القانونية التي تنص على أن الأرض الزراعية لا يجوز تجريفها، هدفها أن تنظّل رقعتها على حالها، فلا تنظّل بعمل غير مشروع يتوخى تبويرها. ومن ثم تحدد الأغراض التي يستهدفها المشرع من هذه القاعدة نطق تطبيقها وأثارها.

والقاعدة القانونية التي تحظر هدم المباني التي لها قيمة تاريخية أو جمالية أو أثرية، غايتها صون هذه المباني بوصفها تراثاً قومياً لا يجوز للتفريط فيه، ليحدد هذا الغرض نطاق هذا الحظر، والآثار التي يربتها.

والقاعدة القانونية التي تقضي بأن كل مقطورة يتعين أن يكون تصريفها لعلامها من أعلى نقطة فيها، لا يتحدد مضمونها وأثرها إلا على ضوء الأغراض التي تتوخاها، والتي تتمثل في أن يكون تلويث المقطورة للجو كلاً وطأاً.

٩٣٥- تلك صور مختلفة من الأغراض التشريعية التي لها دور في تكوين القواعد القانونية التي تتصل بها، وفي تحديد أثارها. ويقتدر اتفاقها والأغراض التي يتوخاها للمستور، تتحدد دستوريها.

والذين يقولون بأن الأغراض التي يتوخاها المشرع تدخل في إطار مسائل التقدير التي لا يجوز الخوض فيها، يتكلمون أمرين:

أولهما: أن الأغراض النهائية للمستور قيد على سلطة التقدير. والتقييد غير التقدير.

ثانيهما: أن الأغراض المخالفة للمستور التي قد يستهدفها المشرع في قاعدة قانونية لقرها، تبطلها ولو خالطها غرض مشروع في بعض جوانبها. ذلك أن الجهة القضائية يستحيل عليها أن تحدد على وجه اليقين، مبلغ الأثر الذي كان للغرض الباطل في تكوين القاعدة القانونية، وتحديد نطاق تطبيقها، والآثار القانونية التي ترتبها.

المبحث الخامس

مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة

٩٣٦- وما تواجهه الجهة القضائية من صعوبة في مجال التحقق من أغراض القانون، لا يجوز أن يشيها عن الخوض فيها. ذلك أن نقطة البداية في سوء استعمال السلطة، هي أن الأغراض المخالفة للدستور لا تجوز حمايتها، أي أن قدر الصعوبة التي قد تواجهها الجهة القضائية في مجال إثباتها، وليا كان نوع المخاطر التي قد تنزلق إليها في مواجهتها لهذه الأغراض وتحريها لها.

وغالبا ما تتوصل الجهة القضائية إلى حقيقة هذه الأغراض بقدر مقبول من اليقين، كأن تدل عليها مضابط السلطة التشريعية نفسها، أو الأعمال التحضيرية للقانون، أو نيتها ولقمة مجهولة تستخلصها الجهة للقضائية من ولقمة مطومة لا نزاع في صحتها، أو من بيان يدلي به أحد المسؤولين في شأن حقيقة الأغراض التي يتوخاها القانون.

وقد يقوم مضمون القاعدة القانونية دليلا قويا على بواعثها المخالفة للدستور، والتي يتعين التمييز بينها وبين القواعد القانونية التي تميل إليها أو التي نمجها ونرفضها لعدم جاذبيتها.

وقد يقرم الدليل على أن المشرع ما كان ليقتر النصوص القانونية المطعون عليها، لو لم يكن الغرض غير المشروع قد اتصل بها أو اكتنفها. كأن يقر المشرع قانونا بقصد تقييد الهجرة التي أطلق الدستور الحق فيها، إضرارا بحرق معين.

ذلك أن هذه القوانين تخالفها أغراض مخالفة للدستور كان يتعين تجنبها. وإقرار المشرع لها على هذا النحو، يناقض حقيقة أن كل قانون يتضمن في الأصل تقديرا منطوقيا لتكلفته، واتصالا معقولا بالأغراض التي يتوخى تحقيقها، وانتقاء بدائل أقل وطأ من تلك التي اختارها في بناء القانون.

فإذا جاوز قانون الأوضاع الشكالية التي يتطلبها الدستور فيه، أو أدخل بمضمون نص في الدستور، أو تمحض عن إسداء استعمال السلطة، تعين أن يكون بطلان القانون جزاء واحدا على هذه الصور المختلفة من عوار النصوص القانونية، وإن تقدم بعضها على بعض، كأولوية النظر في الأوضاع الشكالية التي يتعين إلزاع القانون فيها، على مخالفة القانون لمضمون نص في الدستور، وكاستقصاء المخالفة الشكالية ثم الموضوعية لنصوص الدستور، قبل الخوض في غاياتها.

وعلى الجهة القضائية أن تتحقق من براءة النصوص القانونية المطعون عليها من كافة مآلاتها، وليس لها على الأخص أن تختط لنفسها سياسة قضائية تردّها عن النظر في إساءة استعمال السلطة، ولو كان ذلك يجنبها الحرج في علاقتها بالسلطين التشريعية والتنفيذية.

ذلك أن امتنان الوظيفة التشريعية والخروج على الحدود التي رسمها الدستور لها، يتحقق بصورة أظهر وأخطر في مجال إساعتها لاستعمال السلطة التي تعدّ عيباً قصدياً يبصره المشرع، ويعمد على ضوئه إلى تشكيل للنصوص القانونية التي يقرّها، ليوّجها لتحقيق غرض غير مشروع. فلا يكون هذا الغرض مجرد خلفية لهذه النصوص، وإنما هو باعثها ومحركها.

٩٣٧- وما يقال من أن نظر الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي ترونها النصوص القانونية، يقتضيها الخوض فيما كان بين أعضاء السلطة التشريعية من نواطو في إقرار قانون يناقض أغراض الدستور، وأن في ذلك تعسفاً لنوابهم التي يتعدّ إثباتها، مردود بأن إساءة استعمال السلطة التشريعية لاختصاصها من الأمور التي قلما يتم إثباتها بالطريق المباشر؛ وأن إثباتها بطريق غير مباشر يتلّى على الأخص من تقصى السياسة التي درج المشرع على انتهاجها في موضوع معين، ويندرج تحتها تعدد إرهاب المجرمين بأعباء يخل بها التوازن المنطقي في العلائق الإدارية بينهم وبين المستأجرين^(١). ويرتد كذلك إلى القرائن القضائية التي تستخلص بها الجهة القضائية واقعة مجهولة من واقعة مطومة بما يجعل الواقعة المعلومة موطناً للواقعة المجهولة بالنظر إلى ما بين الواقعتين من صلة، كان تستبطن من الأوضاع القائمة أو السابقة على إقرار النصوص القانونية، ما يدل على مجاوزة السلطة التشريعية حدود المصلحة العامة، وانصرفها بالتالي إلى تحقيق أغراض يلفظها الدستور.

وما يراه البعض من أن الرقابة القضائية على الأغراض التي تنفيهاها السلطة التشريعية، يقحمها في العملية التشريعية ذاتها، ويدل على عدم احترامها لهذه السلطة ولتتصاصها من مهامها وبقائها في بؤرة الصراع السياسي؛ مردود بأن الجهة القضائية لا تسأل أعضاء السلطة التشريعية عما كان قائماً في أذهانهم وقت إقرار القانون. ذلك أن هؤلاء الأعضاء يمثلون هيئة

(١) تقرر المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٤٩ لسنة ١٨ قضائية "مستورية" - جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ - قاعدة رقم ١٣/٦٥ - في ٩٥٦ من الجزء الثامن بأن النص المطعون فيه - بالسينة التي أفرغ فيها - ليس إلا حيلة في اتجاه عام نبه المشرع أمداً طويلاً في إبطاء مفاهيم جائزة لا يمكن تبريرها منطقياً ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها، وأن هذا الاتجاه يمثل ظلماً فاحشاً لمؤجرين ما برح المستأجرون يرجعون عليهم مصالحهم مكتفين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها - في كثير من جوانبها - حدود الاعتدال فلا يكون مجتمعهم إلا متخيفاً حقوقاً ما كان يجوز الإضرار بها

الناخبين في تصرفاتهم داخل البرلمان، ولا تجوز بالتالي محاسبتهم عنها، ولا استجوابهم بشأنها، ولا إتهامهم على بواعثهم من العمل التشريعي، ولا دعوتهم للمثول أمام الجهة القضائية للإدلاء بهذه الشهادة.

ولا نزاع في أن مجرد مخالفة السلطة التشريعية للدستور، سواء من ناحية الأوضاع الشكلية التي كان يجب أن يفرغ للقانون فيها، أو من جهة خروج مضمون القانون على الدستور في محتواه، هو خطأ من المشرع. ولكن هذا الخطأ لا يصل إلى حد إتهام أعضاء هذه السلطة بالتكليس والالتواء، ولو كان غرضهم من إقرار القانون مخالفاً للدستور.

ذلك أن الجهة القضائية التي تدين بواعثهم، لا يثير شكوكا خطيرة حول أمانتهم، ولا تهيبهم، ولا تقحم نفسها في سياسة تشريعية لا اختصاص لها بمناقشتها. وإنما حسبها أن تباشر ولايتها بما يكفل خضوع السلطة التشريعية لحكم الدستور. وشرط ذلك ألا يكون لها شأن بأعضائها أنفسهم، كاستجوابهم حول حقيقة دوافعهم من النصوص التي أقروها، بل يتعين عليها أن تعتمد على مصادر خارجية ترجع لديها إساءة استعمال البرلمان لسلطته.

ومن المحقق فإن احترام السلطة التشريعية لنفسها يقتضيها أن تبدأ بنفسها، وأن تنزل على حكم الدستور. وردّها إلى الدستور هو جزاء مخالفتها لأحكامه، ولا عصمة لأحد فوق الدستور.

المبحث السادسفائدة الخوض في أغراض النصوص القانونية أو بواضعها

٩٣٨- كثيرا ما يقال بأن الخوض في الأغراض المقصودة من القواعد القانونية، لا فائدة فيه، وذلك من وجهين:

أولهما: أن الدخول في الأغراض التي تتوخاها السلطة التشريعية من تشريعاتها، يحملها على أن تبذل جهدا أكبر لإخفاء ما هو غير مشروع منها، بما يحبط الرقابة القضائية على عمل السلطة التشريعية، ويعجزها عن تحقيق مهمها.

ثانيهما: أن السلطة التشريعية التي تبطل الجهة القضائية تشريعاتها لمساء استعمال السلطة، قد تعد إصدارها بذات أهدافها السابقة الباطلة بعد إلbas تشريعاتها الجديدة، ثوبا يناقض حقيقتها.

٩٣٩- بيد أن هذين الوجهين -حتى مع صحتها- لا يجردان الرقابة القضائية على مساء استعمال السلطة من فائدتها العملية وذلك على النحو الآتي:

أولاً: إعادة إقرار المشرع لقانون باطل في أهدافه

وما يقال من أن المشرع قد يعيد إصدار القاعدة القانونية القديمة التي أبطلتها المحكمة لمساء استعمال السلطة، مردود بأن إبطالها لقاعدة قانونية لمساء استعمال السلطة ثم إيدال المشرع للقاعدة القديمة بقاعدة جديدة ، لا يجوز أن يمنعها من التحقق مما إذا كان ثوبها الجديد، سائرا للأغراض المعينة ذاتها التي كان عليها ثوبها القديم، وما إذا كان المشرع حين أعاد إصدارها قد أخذ في اعتباره حقوق المخاطبين بها، والذين أضربوا منها قبل إبطالها.

ولا شبهة في أن للسلطة التشريعية دوما أن تقر من جديد قانونا ينظم الأوضاع التي تناولها قانون سابق قضى ببطلانه لمجاوزة السلطة، بشرط أن يوافق القانون الجديد، أحد الأغراض التي يكفلها الدستور. وحريتها في ذلك لا قيد عليها.

ثانياً: إخفاء المشرع لتوليابه

وحتى لو أعاد المشرع إقرار قانون باطل من قبل بالنظر إلى مجاوزة السلطة، فإن من المفترض أن يعامل القانون الجديد باعتباره قانونا مشبوها اتصل بالأغراض القديمة المخالفة للدستور واستنصحبها.

وهو الفراض لا يجوز أن ينقض إلا إذا قام الدليل على نبذ السلطة التشريعية للفرض القديم، وعلى الأخص كلما تغيرت الأوضاع التي صدر القانون القديم في ظلها، أو تبدلت القيم من النقيض إلى النقيض خلال الفترة الزمنية الواقعة بين هذين القانونين.

وتدخل الجهة القضائية في العملية التشريعية على هذا النحو، ليس معيبا. ذلك أن إبطالها لقانون ما، لا يتصور أن يعنمها من تقييم قانون آخر طبق القانون الأول أو خالفه، أو كان قريبا من أحكامه.

ولها أن تعتمد في هذا التقييم على السياسة التي تنتهجها السلطة التشريعية، وموقفها قبل فريق من المواطنين. وهما عنصران يعطيان الانطباع في كثير من الأحيان بأن الأغراض التي توخاها المشرع من إقرار القانون الجديد، تثير الشبهة حول مشروعيتها، وعلى الأخص لأن احتمال إبطال القانون الأول للبطلان بقانون جديد يصدر في إطار غرض مشروع، كثيرا ما يكون ضئيلا.

ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن القاعدة القانونية المخالفة في مضمونها أو في الآثار التي ترتبها للدستور، هي قاعدة لا نفاذ لها؛ فإن من الصحيح كذلك أن عودة المشرع إلى إقرار قاعدة قانونية لبطلان المحكمة من قبل لخروجها على أهداف كلية يحميها الدستور لمخالفتها لنصوص الدستور في أغراضها الكلية، ينحل عملا عديم الأثر. ولو لبس المشرع القاعدة الجديدة التي أعاد إصدارها، ثوبا يتفق مع الدستور.

وما يقال كذلك من أن إبطال الجهة القضائية للنصوص القانونية التي تخرج بها السلطة التشريعية عن حدود سلطاتها، يحفظها دائما على إخفاء حقيقة نواياها، وبذلك كل جهد من أجل طمسها، وحرمان الجهة القضائية بالتالي من كل معلومة أو بيان يعينها على تقييم هذه النوايا لتتزم الجهة القضائية نفسها بنفسها؛ مردود بأن خوض الجهة القضائية في حقيقة الأغراض التي تبنيتها السلطة التشريعية، ضرورة دستورية لا يجوز تجنبها أو غض البصر عنها.

وقلما تعتمد الجهة القضائية في سبرها لهذه الأغراض على معلومة أو بيان تتلقاه من السلطة التشريعية التي تحرص على أن تظل مقاصدها الباطلة من النصوص القانونية، محجوبة عن الجهة القضائية التي قد تكتفيها إذا بان لها أن وراء هذه النصوص غرض غير مشروع.

ولئن صح القول بأن تدخل الجهة القضائية لفرض رقابتها الدستورية على السلطة التشريعية، هو مما يزعجها ويؤرقها، وأن وصمها بمخالفة الدستور في الأغراض التي

يحميها، يشينها، ويصم أعضاءها بالإخلال باليمين التي حلفوها على احترام الدستور؛ إلا أن الحقيقة التي لا يجوز إهمالها، هي أن السلطة التشريعية قد تفر من القوانين ما يناقض نصوص الدستور في غاياتها.

ويتعين بالتالي أن تبطلها الجهة القضائية على تقدير أن مصلحة المواطنين في تأكيد الشرعية الدستورية وبناء أسسها، أولى وأظهر من مصلحة أعضاء السلطة التشريعية في حماية أنفسهم مما يشينهم، وعلى الأخص كلما كان سوء استعمال السلطة جليا من نصوص القانون ذاتها، وإن تعين على الجهة القضائية أن تلتزم قدرًا كبيرًا من الحذر في وصمها لقانون ما بمجاوزة السلطة.

المبحث السابع

ضرورة التحوط في مباشرة الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة

٩٤٠- وإذا كان واجبا على الجهة القضائية أن تطبق الدستور في كل أحكامه، ومن بينها الأغراض التي يصونها، فإن عليها كذلك أن تزن مهمتها هذه بقدر الضرورة، وألا تبطل بالتالي قانونا لإساءة استعمال السلطة، إلا إذا توافر الاقتناع لديها بأن القانون اختلط بغرض غير مشروع، وأنه كان لهذا الغرض دور إيجابي في تكوين نصوص القانون، ولو لم يكن دورا وحيدا Sole motivation أو متفشيا Dominant motivation^(١) في نصوص القانون جميعها. وإنما يكفي أن يكون مؤثرا في المحصلة النهائية للمعالية التشريعية. ولا يجوز القول بالتالي بأن النصوص القانونية المناقضة في أغراضها للدستور، هي تلك التي ما كانت السلطة التشريعية لتصدرها لو لم تكن هذه الأغراض قائمة في ذهنها وقت إقرار القانون.

وكما بأن لجهة الرقابة القضائية أن القانون في غرضه لا يوافق الدستور، تبين عليها أن تعامله باعتباره قانونا مشبوها وأن تبطله. فإذا أعاد المشرع إصدار القانون، تبين أن تكون بواعثه الجديدة نقية من كل الوجه^(٢).

ومجرد قيام صلة منطقية بين القاعدة القانونية، والأغراض التي تتوخاها، لا يجعلها بالضرورة قاعدة موافقة للدستور. وإنما تحقق دستوريته بموافقتها لأحكامه وتبنيها ذلك بمقاصدها.

ذلك أن ما ينبغي أن يركز القضاء عليه، ليس ما إذا كان المشرع قد صاغ القاعدة القانونية متوخيا بها تحقيق غرض يناقض الدستور، وإنما ينبغي أن يدور تساؤلهم حول ما إذا كان لهذا الغرض دور في تكوين هذه القاعدة^(٣). ويفترض دوما أن للغرض غير المشروع دور في المحصلة النهائية للقاعدة القانونية، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك.

ذلك أن مجرد مجاوزة السلطة التشريعية لأغراض توخاها الدستور، بصمها بإساءة استعمال سلطتها، وعلى الأخص من خلال الطريقة التي اختطتها لنفسها لإقرار القاعدة القانونية التي أثير في تكوينها غرض غير مشروع، وهو ما يستلزم كلفا لإبطالها، ولو كان

(١) الغرض المنفرد أو المهيمن، لا يلحق عادة الأعمال التشريعية التنظيمية، وإنما يتعلق بالقرارات الفردية التي تصدرها الإدارة.

(٢) Paul Brest, "Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive, the Supreme Court Review, 1971, pp. 95-131.

(٣) Paul Brest, footnote page 119.

تطبيق هذه القاعدة كافلا تحقيق بعض المنافع للمخاطبين بحكمها، وكانت الفائدة العملية من تطبيقها، تريب سوءاتها.

ذلك أن الأغراض النافعة للقانون لا تنفي سوء استعمال السلطة باعتبارها عيبا لا يجوز الخط في تحقيقه بين الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية.

ودليل ذلك أن المشرع وإن تعين أن ينظر في النصوص القانونية التي يبحثها حتى لا يقر منها إلا ما يكون مفيدا بوجه عام للمخاطبين بأحكامها، إلا أن ما يعتبر من منظور قضائي صحيحا من النصوص القانونية، ينحصر في تلك التي توافق الدستور. ومن ثم لا تتحدد دستورية القانون على ضوء الفائدة التي يجنيها المخاطبون بأحكامه.

وينبغي بالتالي أن يعمل المشرع على إقرار النصوص القانونية التي توافق نصوص الدستور في شكليتها وأسسها وغاياتها، وإلا تعين إبطالها بغض النظر عن نتائجها على صعيد مصالح الناس في مجموعهم. فضلا عن أن إقرار المشرع لقوانين مخالفة في أغراضها لنصوص الدستور في غاياتها، مؤداه أن هذه الأغراض كان لها وزن في تحديد مضمونها، وأن تقيدها على هذا النحو يكفي لإبطالها، ولو قارنتها ببعض الآثار التي أفاد المواطنون منها.

المبحث الثامنالطبيعة القصدية والاحتياطية لعيب إساءة استعمال السلطة

٩٤١- تتناقص النصوص القانونية الدستورية من أوجه ثلاثة ترتبها على النحو الآتي، وبمراعاة أن ترتيبها فيما بينها لا يعنى تدرجها وعلو بعضها على بعض. وإنما يقصد بترتيبها تقديم بعضها على بعض فى مجال الرقابة الدستورية التى تتولاها الجهة القضائية.

ذلك أن هذه الجهة لا تخوض فى عيوب النصوص القانونية دفعة واحدة، ولكنها تبدأ بالنظر فى المطاعن الشكلية للنصوص القانونية. فإذا تبين لها أن هذه النصوص لا يخالطها ثمة عوار مرده إلى الأوضاع الشكلية التى تتطلبها الدستور فيها، كان عليها أن تتكفل بحدوث عيوبها الموضوعية للتحقق مما إذا كان القانون مخالفاً لنصوص الدستور فى محتواها الموضوعى. فإذا ظهر لها براءة القانون من كل عوار من طبيعة موضوعية، تعين عليها عندئذ، وعندئذ فقط أن تنظر فيما إذا كان هذا القانون منطوقاً على تجاوز السلطة.

وتقدم بعض صور مخالفة الدستور على غيرها، ليس قرين التحكم، ولا هو تعبير عن التسلسل، وإنما تقدم بعض أوجه العوار التى تقارن النصوص القانونية على بعضها فى إطار علاقة منطقية، وعلى ضوء طبيعة المخالفة الدستورية.

فتحقق الجهة القضائية من استيفاء الأوضاع الشكلية التى يقتضيتها الدستور من المشرع أو تخلفها، يتصل بوجود النصوص القانونية ذاتها. ذلك أن النصوص القانونية التى لا يصحبها المشرع فى قولها الشكلية التى ينص عليها الدستور، كالموافقة على قانون بغير الأغلبية اللازمة لإقراره، أو كإصدار رئيس الجمهورية لقرار بقانون بما يجاوز حدود الاختصاص المقرر له دستورياً فى هذا النطاق، أو كإغفال استيفاء المراحل المختلفة التى يتطلبها الدستور فى العملية التشريعية كإقتراح القوانين وإقرارها وإصدارها، كل ذلك يعتبر عيباً شكلياً يبال من النصوص القانونية، ويفقدها مقوماتها، وينعدم به وجودها، فلا تكون لها ثمة حياة على صعيد المعلق القانونية، لتعامل هذه النصوص باعتبارها مواتاً ولا قيمة لها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا من خلال قاعدتين كلتاهما:

لإلزاما: أن المطاعن الشكلية فى النصوص هى التى تقوم فى مبناها على مخالفة النصوص القانونية لأوضاع إجرائية تتطلبها الدستور فيها، سواء فى ذلك ما كان متصلاً باقتراحها أو بإقرارها أو بإصدارها حال انعقاد السلطة التشريعية، أو ما كان منها متعلقاً

بالمشروط التي يفرضها الدستور لمباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدارها في غيبة السلطة التشريعية، أو بتقويض منها.

ثانيتهما: أن استيفاء النصوص للقانونية لأوضاعها الشكلية، سابق بالضرورة على الخوض في عيوبها الموضوعية. ذلك أن الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية من مقوماتها، لا تقوم أصلاً إلا بها، ولا يكتمل وجودها في غيبتها.

ومن ثم صرح القول بأن خوض المحكمة الدستورية العليا في عوار موضوعي، يفترض اكتمال وجود النصوص المطعون عليها، وينحل بالتالي قضاء ضمنيًا بصنور هذه النصوص وفق الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها^(١).

٩٤٢- وسواء تعلق الأمر بمخالفة النصوص القانونية لأوضاع شكلية تتطلبها الدستور فيها، أو بمضمون قاعدة فيه، فإن هذين العيين لا يحتبران بالضرورة عيين قسدين. ذلك أن الرقابة على الدستورية تشملهما، سواء كان المشرع قد قصد الوقوع في المخالفة الدستورية وتمدها، أم كان قد دخل فيها إهمالاً أو خطأ، ليكون الوقوع فيها عرضاً، لا قصداً.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الرقابة على الدستورية تتناول -بين ما تشمل عليه- الحقوق التي كفلها الدستور وأهدرها للمشرع، سواء كان الإخلال بها مقصوداً ابتداءً، أم كان قد وقع فيها عرضاً^(٢).

ولا كذلك الطعن في النصوص القانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن هذا الطعن ينحل عيباً غائباً مرده إلى خروج المشرع على أغراض يكفلها الدستور. ويتمحض هذا الطعن كذلك عيباً قصدياً على تقدير أن مجاوزة السلطة هي إساءة استعمالها، ولا يتحقق سوء الاستعمال بغیر إرادة جازمة يطنها المشرع أو يظهرها، متوخياً بها تحقيق أغراض تتناقض قواعد الدستور في مقاصدها الكلية. فإذا نقض المشرع هذه المقاصد وحرفها عن وجهتها في النصوص القانونية التي أقرها، تبين القول بمخالفتها للدستور.

ولا شبهة كذلك في أن الطعن بمجاوزة السلطة يعتبر -في كل صورة- عيباً احتياطياً لا تنفر إليه الجهة القضائية قبل التحقق من خلو القانون من كل عوار آخر. وهو بذلك ملاذ أخير

(١) القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية دستورية - جلسة ١٩٩٢/١١/٧ - قاعدة رقم ٦/٥ - ص ٥١-٥٠ من المجلد الثاني من الجزء الثاني من أحكام المحكمة.

(٢) القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٦ يناير ١٩٩٦ - قاعدة رقم ٢/٢٠ - ص ٣٥٢ من الجزء السابع من أحكام المحكمة

يعتصم به المضرورة من النصوص القانونية إذا تضر عليهم ترجيحها من جهة مخالفتها لنصوص الدستور في جوانبها الشكلية والموضوعية.

٩٤٣- ومقاصد المشرع من القواعد القانونية التي يقرها، هي التي يتعين أن تستجيبها الجهة القضائية بغیر تردد يقدها عن الخوض فيها. ذلك أن بحثها لا يتوخى للفصل فيما إذا كان المشرع قد أدخل في اعتباره كافة العوامل التي كان يجب أن يدركها ويبصرها في تنظيمه لموضوع ما. وإنما تنحصر مهمة الجهة القضائية التي تفصل في سوء استعمال السلطة، فيما إذا كان المشرع، قد صاغ القاعدة القانونية على ضوء غرض غير مشروع أثر في تكوينها. وتلك مهمة تقابل الجهة القضائية من خلالها بين أغراض تشريعية وأغراض دستورية، لتحدد على ضوء هذه المقابلة منطقة التعارض أو التوافق بينهما.

وكما كان للغرض غير المشروع دور في تكوين النصوص القانونية المطعون بمخالفتها للدستور، تعين إبطالها، ولو لم يكن هذا الغرض قد أحاط بالنصوص القانونية بتمامها، وإنما أثر في بعض جوانبها.

وليس شرطاً بالتالي أن يكون الغرض غير المشروع، غرضاً رئيسياً يؤثر بصورة جوهرية في النصوص القانونية ويوجهها نحو تحقيقه، ولا أن يكون غرضاً وحيداً يحيط بها من كل أقطارها وينسرب إلى كل جزئية فيها.

المبحث التاسع

أغراض الدستور بين تسميها وتخصيصها

٩٤٤- قررت المحكمة الدستورية العليا في أحد أحكامها، أنه فيما خلا القيود التي يفرضها الدستور على السلطة التشريعية، فإن لها أن تباشر اختصاصاتها التقديرية دون تدخل من الجهة القضائية التي لا يجوز لها أن تتدخل في السياسة التي تنتهجها في موضوع معين، ولا أن تخوض في ملامسة تطبيقها عملاً، ولا أن تتدخل للنصوص القانونية التي تبنتها غير الأغراض المقصودة من إقرارها، ولا أن تتدخل لغيرها محل الدلائل التي تبنتها السلطة التشريعية التي يكفيها أن تمارس اختصاصاتها وفق أغراض يقتضيها المصالح العام، وأن تكون وسائلها لتحقيق الأغراض التي حددتها لنفسها، مرتبطة عقلاً بها^(١).

ولا شأن للجنة القضائية بالتدلي بما هو مشروع من أغراض السلطة التشريعية التي تباشر مفاصلها من النصوص القانونية التي أقرتها. ولا كذلك ما لا يأتين به الدستور من أهدافها. ذلك أن توحيها تحقيق غرض غير مشروع، يعتبر انحرفاً منها في مباشرة سلطاتها^(٢).

ولئن صح القول -وهو صحيح- بأن الفصل في دستورية النصوص القانونية لا يتصل بتقدير ملامسة إقرارها، ولا بالحكمة من تبنيها، ولا ببواعثها، إلا أن ذلك يفترض بالضرورة ألا تكون الأغراض التي يستهدفها المشرع منافية لمقاصد الدستور؛ سواء في ذلك تلك التي تتصل بالمفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، أو بالمفهوم المخصص لأغراض بنواتها.

فقد لا يخول الدستور السلطة التشريعية حق فرض رقابة على وسائل الإعلام، إلا بشرطين: أولهما: أن تكون رقابة محدودة، وثانيهما: أن يكون هدفها منها صون الأمن الاجتماعي، (ليكون ضمان هذا الأمن غرضاً مخصصاً حدده الدستور).

وإذا بكتل الدستور حرية إجراء البحوث العلمية، ويخول السلطة التشريعية اتخاذ الوسائل اللازمة لدعم قاعدتها وتوسيعها وتشجيعها. ومن ثم يكون هذا الغرض المخصص في نطاق البحوث العلمية، قيداً على سلطته في شأن كل تنظيم يتناولها.

(١) القضية رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية دستورية - جلسة ١٤ يناير ١٩٩٥ - القاعدة رقم ٤/٣٤ ص ٤٩٤ من الجزء السادس.

(٢) القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية - جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ - القاعدة رقم ٦/١٤ ص ٨٩ وما بعدها من المجلد الأول من الجزء الخامس.

وقد يكفل الدستور حرية العقيدة، ويمنع الدولة من التدخل لمناصرة عقيدة بغيرها إضراراً بغيرها. وعندئذ يكون الدستور قد حدد للسلطة التشريعية أغراضاً بذواتها في مجال حرية اعتناق الأديان، ومنعها من التدخل على نحو يوجب الصراع بينها. وذلك غرض مخصص للمستور مضمونه ومداه.

وقد يحظر الدستور إعلان الأحكام العرفية إلا بقانون، ويقصد صون الأمن والنظام. وعندئذ يكون إعلان السلطة التشريعية لها مقيداً بعدم انحرافها عن هذا الغرض المحدد، ليبطل القانون الصادر عنها إذا جاوزته.

ففي كل هذه الفروض، نحن أمام دائرة بعينها حدد الدستور نطاق التدخل التشريعي فيها من جهة تحديده للأغراض التي يتعين أن يستهدفها هذا التدخل.

ولئن جاز القول بأن الدستور قلما يحدد أغراضاً بذواتها يلزم بها السلطة التشريعية، ويجهط محورا لعملها فيما تقره من القوانين في إطار هذه الدائرة إلا أن ندرة النص عليها في الدستور لا يعنى استبعادها كأغراض بذواتها يتعين أن تستهدفها السلطة التشريعية. فإذا نقضتها أو جاوزتها، دل ذلك على انحرافها عن سلطتها، وتعين إبطال كل قانون تقض أو جاوز الغرض المخصص بالمستور.

وليس ثمة فارق بالتالي، لا في الطبيعة ولا في الدرجة، بين خروج السلطة التشريعية على المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين فيما تقره من القواعد القانونية؛ وبين تعديها الخروج على صور بذواتها من الخير العام حددها الدستور لها، وألزمها بأن تتخذها غاية وحيدة لها على وجه التحديد.

ذلك أن المفهوم الشامل للخير العام للمواطنين، هو المصلحة العامة في توثيق الفضاض، ومفهومها الأوسع. وعلى نقض ذلك الأغراض المحددة التي يرسمها الدستور للسلطة التشريعية في دائرة بذاتها من تشريعاتها، ذلك أن هذه الأغراض تبلور المفهوم الخاص لصور بذواتها من الخير العام لا يجوز لهذه السلطة أن تعمل على خلافها.

ومن ثم تكون المصلحة العامة هي المفهوم الأعرض لاستعمال السلطة التشريعية، والغرض المخصص هو المفهوم الأضيق للمصلحة العامة التي يتعين على هذه السلطة التقيد به. ومجاوزتها للغرض الأعرض أو الأضيق للمصلحة العامة، يبلور - في الحالتين - انحرافها في استعمال سلطتها.

٩٤٥- ولا يجوز القول بالتالي بأمر خروج السلطة التشريعية على الغرض المخصص لها بنص في الدستور في مسئلة بعينها، هو مخالفة مباشرة لهذا النص من شأنها إلغاء المفاضلة التي تجربها بين البدائل، ويجعلها أمام خيار وحيد هو العمل على تحقيق الغرض المخصص، والمحدد بنص في الدستور. ومن ثم تكون سلطاتها في نطاق تحقيق هذا الغرض، مقيدة لا تقديرية. غير صحيح وذلك لأمرين:

أولهما: أن إساءة استعمال السلطة تعتبر عيباً غائباً يشمل كل صور الخروج على المصلحة العامة سواء في مفهومها الأشمل أو في مفهومها الخاص.

ثانيهما: أنه حتى مع تخصيص الدستور لأغراض بنواتها، وحمل السلطة التشريعية على تبنيها؛ إلا أن اختيار الوسائل الأفضل لتحقيق هذه الأغراض، لازال بيد السلطة التشريعية، وولقما في حدود سلطاتها التقديرية. وهذه الوسائل هي النصوص القانونية التي تراقبها الجهة القضائية للتحقق من ارتباطها عقلاً بتلك الأغراض أو مجاوزتها لها.

المبحث العاشر

العلاقة بين إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها

وبين الواقعة التي وجهتها لتنظيم موضوع معين

٩٤٦- وغير صحيح كذلك القول بأن مجاوزة السلطة التشريعية لغرض معين حده الدستور لها في موضوع ما، مؤداة لفصل تشريعاتها عن سببها، بما يبطلها لبطلان سببها^(١).

ذلك أن من المفترض في كل قانون يصدر عن السلطة المختصة بإقراره، أن يفرغ في الأشكال التي نص للدستور عليها، وأن يتقيد بمضمون قواعد الدستور، وأن يلتزم الأغراض الكلية التي لا يعارضها.

وفي حدود هذه الدائرة وحدها، يتحدد موقع القانون من مخالفة الدستور أو من الاتفاق مع أحكامه.

وتمه فارق كبير بين واقعة توجه السلطة التشريعية إلى التدخل، وبين أثر هذا الواقعة في تكوين نصوص القانون وتحديد صورتها النهائية. فوقع اضطراب يخل بالأمن العام، واقعة تخول السلطة التنفيذية التدخل لقمعه. بيد أن التدابير التي تتخذها لتحقيق هذه الغرض قد تخالفها الأهواء، ولا يكون صون النظام العام بالتالي ملحوظا فيها، لتبطل هذه التدابير التي وجهتها أصلا واقعة لا شبهة في مشروعيتها.

كذلك فإن كل كارثة من طبيعة عامة، تخول السلطة التشريعية إعلان حالة الطوارئ لمواجهتها. إذا كان من شأنها الإخلال بالأمن أو النظام العام. بيد أن السلطة التشريعية قد تتمسك وراء إعلان هذه الحالة، لاتخاذ تدابير تجاوز نطاقها وتزيد على متطلباتها، لتكون التدابير لازمة مخالفة للدستور.

(١) كالقول بأن ما تنص عليه المادة ١٥ من دستور ١٩٢٣ من أن الصحافة حرة في حدود القانون، وإن أية صحيفة لا يجوز إذلالها أو وقفها أو إلغائها إداريا إلا إذا كان ذلك ضروريا لوقاية النظام الاجتماعي، مؤداة أن الدستور حدد أغراضا بذواتها على السلطة التشريعية ألا تحد منها، وإن استهدفها هذه الأغراض يغير سببها لتدخلها، فإذا جاوزتها بالنصوص القانونية التي أقرتها، تعين إبطالها لبطلان سببها. أنظر في ذلك رسالة الدكتور عبد العظيم عبد الحميد إبراهيم شرف -عنوانها المعالجة التشريعية والسياسية للانحراف التشريعي- ص ١٧٩ إلى ٢٠٣ طبعة ٢٠٠٢.

بما مؤداه أن لكل واقعة أثر في توجيه المشرع إلى التدخل لتنظيم موضوع ما. بيد أن الحدود التي يبلغها هذا التنظيم، هي التي تبين ما إذا كان متققا أو مختلفا مع الدستور.

وكذلك الأمر في سوء استعمال السلطة. ذلك أن مضمون النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية في مجال تنظيمها لموضوع معين، قد نكل على وجه انحرافها في استعمال سلطاتها التشريعية من خلال تنكيبها لغرض مخصص حدده الدستور لها، أو مجاوزتها للمصلحة العامة في ثوبها الأعم، بما يؤكد انحرافها في الحالتين عن وظائفها.

ومن ثم تنفصل الواقعة التي تحمل المشرع على التدخل، عن مضمون النصوص القانونية التي يقرها بمناسبة هذه الواقعة ذاتها، وعن حقيقة الأغراض التي يتوخاها.

فالهجوم من صحيفة على أحد المسؤولين عن العمل العام، يظل مشمولا بالحماية الدستورية، ولو كان هذا الهجوم مريرا. ولا يجوز بالتالي أن تشكل هذه الواقعة مضمون النصوص القانونية التي ينظم بها المشرع حرية التعبير، وإلا تعين تحييبها بمخالفة الدستور.

المبحث الحادي عشر

خصائص سوء استعمال السلطة التشريعية

٩٤٧- حدثت المحكمة الدستورية العليا هذه الخصائص بقولها بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، ليس بمبدأ يفترض في عملها، بل يعتبر مثلبا احتياطيا وعيبا قصديا يتعين أن يكون الدليل عليه واقعا يثبتها الأغراض المقصودة من تأسيسها، واستقرارها بالتالي وراء سلطتها في مجال تنظيم الحقوق، لتصرفها إلى غير وجهتها، فلا يكون صلها إلا انحرافا عنها^(١).

وقد كانت المحكمة العليا أسبق من المحكمة الدستورية العليا في تعييبها للنصوص القانونية بمجاوزة السلطة. ذلك أن حكمها في القضية رقم ٣ لسنة ٣ ق عليا دستورية خاض في نوايا المشرع، ومقاصد الذين أعدوا مشروع القانون المطعون عليه، والحقائق العلمية والعملية التي قام عليها، منتهيا من ذلك إلى خلوه من إساءة استعمال الوظيفة التشريعية^(٢).

٩٤٨- وقد قابل الفقيه الكبير الدكتور السنهوري بين سوء استعمال الحق، وسوء استعمال الوظيفة الإدارية، وسوء استعمال الوظيفة التشريعية. وقرر الفقيه الجليل أن النصوص القانونية وإن تعين ضمان استقرارها حتى لا تزعزعها عيوب تثير شكا في مطابقتها للدستور، إلا أن حماية الدستور أولى.

وقرر هذا الفقيه كذلك أن لكل دستور أغراضا يتوخاها، فإذا خالفها نصوص قانونية تعين إبطالها. ومن ذلك أن يلبس المشرع النصوص القانونية بما ينافي حقيقتها بأن يصبها في شكل قواعد مجردة لا تستند موضوعها بمجرد تطبيقها عليها، حال كونها موجهة لحالة بذاتها، فلا يبقى بد تطبيقها عليها مجال لعملها^(٣).

(١) القضية رقم (٢) لسنة ١٨ ق. دستورية - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - القاعدة رقم ٨٩/٥ - ص ١٢١٨ من الجزء الثامن من مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا.

(٢) القضية رقم (٢) لسنة ١٨ ق. عليا دستورية التي رفعت صحيفتها إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا في ١٩٧٢/٤/٢٣ والتي طعن فيها على القانون رقم ٦٢٢ لسنة ١٩٩٥ بإنشاء قرارات وزير التعليم بمعادلة شهادة الساحة بشهادة القانون والمصانع نظم حديث.

(٣) انظر في ذلك مقالة كتبها الدكتور السنهوري في مجلة مجلس الدولة - السنة القانونية - تحت عنوان "الانحراف في استعمال السلطة التشريعية".

٩٤٩- والأصل فى المشرع أن يحرص على صون حقوق المواطنين وحرياتهم، وألا ينال منها متخفيا وراء ستار من حدود ولايته المنصوص عليها فى الدستور، أو من مظاهر هذه الولاية الملمس بها، ولو لم يرد نص بها^(١).

ولا يجوز بالتالى أن تتخذ السلطة التشريعية من اختصاصها فى تنظيم الحقوق ستارا لإخفاء نواياها فى الخروج بهذا التنظيم عن حقيقة الأغراض التى كان يجب أن يتوخاها. فاضطهادها بعض الأعراق، وإثابتها بعض الأنصار، وإرهاقها لبعض الممولين، وإيهائها لتكلفة شروط العمل بقصد تعويق الحق فيه، وتحديدها لشروط القبول فى المعاهد التعليمية بقصد الإضرار بأقلية بذاتها، وتقديم الرجل على المرأة بقصد إقصائها عن العمل العام. لا يجوز أن يكون هدفا لها. ذلك أن مثل هذه الأغراض لا يحميها الدستور، وذلك لأمرين:

أولهما: أنها تتناقض للقيم التى لخصتها، وتخل بالأغراض التى يتوخاها فى مجال تنظيم الحقوق.

ثانيهما: أنها فى حقيقتها عدوان مقصود على حقوق المواطنين وحرياتهم تستتر بالحق فى تنظيمها، وتوخى قمعها أو إصابتها بأفدح الأضرار تحقيقا لسياسة ملتوية تخرج بها السلطة التشريعية على حقيقة وظائفها التى تلزمها بأن تتجرد فى كل قاعدة قانونية تقرأها، عما يعتبر نهيا أو تشهيا أو تسلطا بغير الحق حتى تتحرر مقاصدها من كل التواء يشينها.

ونلك منطقة لا يجوز فى إطارها أن تعمل السلطة التشريعية على الإضرار بفرقاء لا تصطفيهم، ولا أن تعد إلى الإخلال بالتوازن بين المزايا التى ترتبها للقاعدة القانونية، والأضرار التى تنجم عنها، لتزيد تكلفتها على فائدتها من خلال اللوايا التى تبطلها، والتى ترتد على القواعد التى أقرتها بالنظر إلى تأثيرها فى محصلتها النهائية.

وهو ما يجعل الأغراض التى تتوخاها القواعد القانونية، أحد الضوابط الفصل فى موافقتها أو مخالفتها لأغراض كلها الدستور:

ومن ثم صح القول بأن سوء استعمال السلطة التشريعية لوظائفها، يعتبر عيبا غائبا وقصديا فى آن واحد.

(١) الأستاذ الدكتور/أحمد كمال أبو المجد -الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصرى- مكتبة النهضة العربية ١٩٦٠ -مجلد ص ٥٩٢.

واعتباره عيبا غائيا. مؤداه مجاوزة السلطة التشريعية قصدا لأغراض يضمنها الدستور. ومن ثم كان عيبا مقصودا يرتبط بحقيقة الأغراض التي توختها فعلا. كذلك فلن ننظر إلى سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا، مؤداه ألا تخوض فيه جهة الرقابة على الدستورية إلا إذا خلا القانون المطعون فيه من صور الموار جميعها التي تترك في ضابطها العام إلى الأوضاع الشكلية والشروط الموضوعية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية.

فإذا قام واحد منها، كان ذلك كافيا لنقض القانون^(١). ذلك أن اتهام السلطة التشريعية بسوء استعمال سلطتها أمر جد خطير يفاير خطأها في فهم الدستور. ويتعين بالتالي أن يؤخذ لقول بانحرافها في استعمال سلطتها بقدر كبير من الحذر، لا لأن السلطة التشريعية فوق الدستور، إذ هي دونه بيقين، وإنما لأن من المفترض فيها أن تعمل وفق أحكامه، وعلى ضوء الأغراض التي يتفهاها، فلا تنقضها بما يجعل نواياها عيبا على الدستور.

(١) فإذا طرد المشرع خصوم الحكومة بالنظر إلى مضمون الآراء التي يعبرون بها عن مناصبتهم لها، كان ذلك إخلالا بحرية التعبير يتقدم انحرافها في استعمال السلطة.

المبحث الثاني عشر

إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقييد

٩٥٠- وتزرع السلطة التشريعية بحريتها في التقدير، لا يناقض إمكان انحرافها في استعمال سلطتها. ذلك أن التقدير غير التحكم، والتعمل غير التسلط.

فالتقدير مفاضلة بين بدائل يفترض فيها جميعها أنها وسائل مشروعة لتنظيم موضوع معين، وأن المشرع اختار أسبها لهذا التنظيم، وأحراها بتحقيق أكثر المصالح العامة تلاء.

ومن ثم كان تنظيم المشرع مسائل بينها، غير مقصود بالنظر إلى ذواتها، وإنما لتحقيق المصلحة التي يستهدفها المشرع، بافتراض اتصالها بتحقيق وجه من أوجه الخير العام.

فلا تكون الوسائل غير بدائل منطقية لتحقيق أغراض بذواتها تنفيها، ولا تكون المشروعة إلا وصفا جامعا بين الوسائل وأهدافها.

وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية يفاضل المشرع من خلالها بين بدائل متعددة مرجحاً من بينها ما يراه أكثر لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها، وأن كل تنظيم للحقوق لا يجوز أن يصل في منتهاه إلى إهدار الحقوق التي تناولها، ولا أن يرهق محتواها بتقيود لا تكفل فعاليتها^(١).

٩٥١- إذ كان ما تقدم، فقد تعين إهدار القول بأن السلطة التقديرية للمشرع جوهرها الإطلاق. ذلك أن حدها مشروعية الوسائل التي يعتمد المشرع عليها في مباشرة هذه السلطة، ومشروعية الأغراض التي تنوخواها هذه الوسائل، وقيام صلة منطقية بين هذه الوسائل وتلك الأغراض.

فإذا اختار المشرع من بين الوسائل التي يفاضل بينها، ما هو غير مشروع أصلاً كمصادرة آراء والنظر إلى مضمونها، أو كان المشرع قد اتخذ لتحقيق غرض مشروع -كصون الأمن- وسيلة لا جدال في مخالفتها للدستور، كفض للوسائل البريدية بغير إذن

(١) القضية رقم ٣٨ لسنة ١٦ ق دستورية- جلسة ١٩٩٦/١١/١٦ -القاعدة رقم ١٣/١٢ الجزء الثامن -ص

١١٦٩ والقضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ ق -دستورية- جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨ - للقاعدة رقم ٢/١٠٣ -ص

١٣٤٨ من الجزء الثامن، والقضية رقم ٦٠ لسنة ١٧ ق دستورية- جلسة ١٩٩٦/٥/٤ -القاعدة رقم ٤٣

١٥، ص ٢٧٤ من نجزه السبع.

قضائي، أو كان هذا البديل أكثر إرهاقا للمخاطبين بالقانون، خرج المشرع في ذلك كله عن حدود سلطته التقديرية

وقد تنظم السلطة التشريعية حق الأشخاص في الاجتماع -وهو تنظيم مشروع أصلا- وتختار لإجراء هذا التنظيم وسائل منطقية غير مخالفة للدستور بقصد تحقيق أغراض لا يتسامح فيها، كمطاردة بعض الخصوم وتعقبهم، وعندئذ يكون خروج المشرع على حدود وظيفته وإساءته استعمال سلطتها، ثابتا يقينا.

ويتعين بالتالي التمييز بين أغراض مشروعة تستهدفها السلطة التشريعية. وهذه لا شأن للجهة القضائية بها، وبين أغراض لا يلذن الدستور بها، ولكن السلطة التشريعية قننتها بتشريعاتها انحرفاً منها عن الحدود المنطقية لولايتها.

المبحث الثالث عشر إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية

٩٥٢- تنور إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها -وجودا وعدما- مع حقيقة الأغراض التي تستهدفها فيما تقره من القواعد القانونية. فما كان منها كافلا الغرض المخصص المحدد بنص الدستور، استقام في منطق الشرعية الدستورية. فإذا لم يحدد الدستور ثمة غرض من هذا القبيل، ولكن المشرع جاوز حدود المصلحة العامة بمفهومها الأشمل، فإن تشريعه يكون باطلا لخروجه على الوظيفة التشريعية التي يقوم المشرع أصلا عليها.

ويتعين بالتالي أن ننظر إلى إساءة استعمال السلطة لا على ضوء سياسة ثابتة تنتهجها السلطة التشريعية بوجه عام كتيبتها سياسة التحامل ضد عرق معين، وإنما وفق كل قانون على حدة، إذ يؤخذ هذا القانون وحده، وينظر إلى الأغراض التي وجهته وحددت محتواها. وهذه الأغراض وحدها التي قصد المشرع إلى تحقيقها، هي التي نقف عندها في مجال الفصل في سوء استعمال السلطة.

ومن ثم تتصل هذه الأغراض بالنوايا التي أبطنها المشرع، وعبر عنها من خلال النصوص القانونية التي أقرها في شأن موضوع محدد قصد إلى تنظيمه. ولأن هذه النوايا تتصل بالإرادة الباطنة، ولما يصح المشرع عنها، فإن الدلائل عليها، لا يقوم إلا من مظاهر خارجية تشهد بها وتقضى إليها. ويندرج تحتها القرائن الظرفية التي تدل عليها حتى ما كان منها سابقا على إعداد النصوص القانونية المطعون عليها بمجاوزة السلطة، بشرط أن تدل الأوضاع السابقة على إقرارها، على الخلفية التي حددت لهذه النصوص وجهتها، أو على الأقل على الجوهر العام الذي لحاط بها وألهمها حقيقة مضمونها.

ولا يجوز من ناحية أخرى الخلط بين مفهوم إساءة استعمال السلطة، وبين عدول المشرع على حقوق المواطنين وحررياتهم من خلال تنظيمها. ذلك أن الدستور إذ يعهد إلى المشرع بتنظيم موضوع معين، فإنه لا يخول المشرع أكثر من بيان الحدود المنطقية التي يمارس المواطنون فيها حقوقهم وحررياتهم التي كفلها الدستور. فإذا تجاوز المشرع عليها سواء بإهدارها أو بانتقاصها من أطرافها، جاوز بذلك حدود سلطته في تنظيمها. وفي ذلك مخالفة مباشرة لنصوص الدستور.

يؤيد ذلك أن هذه المخالفة المباشرة لنصوص الدستور تتحقق، ولو لم يكن المشرع حين أقر النصوص القانونية المعيبة سيئ النية، بل كان خطؤه راجعا إلى عدم فهمه لنصوص الدستور على صحيح وجهها.

ولئن كان الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، إلا أن هذه السلطة حدما قواعد الدستور التي لا تجبر العدوان على حقوق المواطنين وحرياتهم التي كفلها سواء من خلال هدم نواتها أو الحد من نطاق الانتفاع بها.

وسواء كان الانتقاص من الحرية أو الحق جسيما أم كان محدودا، فلن هذا الانتقاص عدوان على الحماية التي تصورها الدستور وكفلها لهذا الحق أو لتلك الحرية. وهذه الحماية هي التي يحرص الدستور عليها ليحظى حقوق المواطنين وحرياتهم بقيمتها الحقيقية.

٩٥٣- بيد أن تنظيم المشرع للحق أو الحرية قد يوقعه في حماة سوء استعمال السلطة، إذا توخى المشرع من هذا التنظيم تحقيق غرض غير مشروع. وهو غرض يتبين أن يكون قد تعمده، وأن يدل على سوء نواياه.

وحتى لو أليس المشرع قانونا ألزمه نوبا من المصلحة العامة، فلن إخفاؤه الأغراض الحقيقية التي توخاها، لا يجوز أن يحول دون تحريها، ليبطل القانون بقدر خروجه على الأغراض التي يلتزمها الدستور. وهو ما يتحقق على الأخص من خلال القوانين التي تقرها السلطة التشريعية في شكل قواعد مجردة لتستمر تطلقها بأشخاص بنواتهم تنصت إلى الإضرار بهم أو تتوخى منهم مزايا لا يستحقونها.

ولئن كان من المفترض في السلطة التشريعية هو تجردها ونزاهتها، وعلوها بالتالي على الصفائر التي تنفعها إليها الأهواء الشخصية ميلا أو ضغينة، إلا أن هذه الأهواء قد تحرفها عن رسالتها وتوجه وظيفتها إلى غير الأغراض التي يقتضيها الدستور منها، ليستقط بالتالي الفراض مطابقتها للدستور.

٩٥٤- ولأن مجلوزة السلطة يتصل في الأم بالنوايا التي أضمرها المشرع وحده على ضوئها مضمون النصوص القانونية المطعون عليها، وكان التحقق من هذه النوايا من الصعوبة بمكان؛ وكان المشرع قلما يعلن عن نواياه الحقيقية التي غلفها بالنصوص القانونية الظاهرة صحتها، إلا أن تعمقها بظل واجبا على الجهة القضائية يلزمها ببلوغ غاية الأمر بشأنها. ويقوم واجبها في ذلك لا من خلال للنظر في ظاهر هذه النصوص -إذ الفرض أن المشرع أخفى نواياه الحقيقية بشأنها وألبيها غير نوبها الدال على حقيقة وجهتها- وإنما عن طريق النظر في كافة الأوضاع التي لابتستها ما كان منها سابقا عليها، أو معاصرا لخلقها، وما اتصل بها من حوار داخل السلطة التشريعية ذاتها بالرجوع إلى مضابطها، وما استقام من كافة القوانين التي تشي بنوايا المشرع التي أبطنها.

ويتحقق ذلك على الأخص بالرجوع إلى الخلفية التاريخية للنصوص المطعون عليها، مصحوبة بالأغراض السياسية الانتهازية التي تبنتها الأغلبية البرلمانية وقت إقرارها لها^(١)، والمجلة المربية في تمريرها، والتهفة على سرعة إصدارها، وأقوال المسؤولين الذين برروا بها، وبطريقة تنفيذها، وغير ذلك من ظروف الحال التي تدل على حقيقة وجهتها.

وقد يؤكد نداعي الأحداث، أن المشرع خلط الأغراض المخالفة للدستور بأغراض ظاهرها الصحة، ليحقق خفية بالنصوص القانونية التي أقرها، ما عجز علانية عن إنفاذه.

وقد يعمد المشرع إلى انتهاج سياسة بعينها في نطق قوانين متعاقبة أقرها لتنظيم موضوع معين، لتحيط هذه السياسة بذلك القوانين جميعها بما يغطيها خارجة من رحمها وموصومة بها في كل حلقاتها. وهو ما تؤكد المحكمة الدستورية العليا بقولها بأن تنظيم العلاقات الأيجارية بالصيغة التي أفرغ للنص المطعون عليه فيها- ليس إلا حلقة في اتجاه عام نبأه المشرع أمدا طويلا في إطار من مفاهيم جائزة يستحيل تبريرها منطقيا، ولو أجهد الباحثون أنفسهم لبيان وجه الحق فيها. وكان ذلك بكل المقاييس ظلما فادحا لموجرين ما برح المستأجرون يرجحون عليهم مصالحهم، منكثرين في ذلك بعباءة قوانين استثنائية جاوز واضعوها بها حدود الضرورة التي أملت^(٢).

(١) انظر في ذلك النزعة السياسية الانتهازية للقانون رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٠ المعدل للمادة ١٢١ من قانون تنظيم الجامعات الصادر بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ والذي ألقى بكثير من أسئلة الجامعة في عرض الطريف

(٢) لقضية رقم ١٤٩ لسنة ٨ قضائية-دستورية- جلسة ١٥/١١/١٩٩٧- قاعدة رقم ٦٥- ص ٩٤٩ وما بعدها من الجزء الثامن

المبحث الرابع عشر

الأهمية الحقيقية لعيب إساءة استعمال السلطة

٩٥٥- لأن قرار المحكمة الدستورية العليا - والمحكمة العليا من قبلها- بأن النصوص القانونية يجوز تعييبها بإساءة استعمال السلطة، إلا أن الطبيعة الاحتياطية لهذا المعطن، تقل كثيرا من أهميته العملية. وهو ما يظهر على الأخص من ناحيتين:

أولاهما: أن المخالفة المباشرة لنصوص الدستور، سواء من جهة مجاوزة الأوضاع الشكائية التي فرضها الدستور على المشرع فيما يقره من القوانين، أو من جهة اتفاق مضمونها، ومضمون نصوص الدستور، تتقدم دوما الأغراض للمخالفة للدستور التي قد يستلهمها المشرع فيما يقره من القوانين.

ثانيتها: أن دائرة سوء استعمال السلطة كثيرا ما تتداخل مع دائرة المخالفة المباشرة للقواعد الموضوعية الواردة في الدستور، بما يجمعهما ببعض في آن واحد، ليكون القانون - في مضمونه- مخالفا للدستور ومثويا في الوقت ذاته بسوء استعمال السلطة.

فالقيود التي يفرضها المشرع على حرية التعبير بقصد مطاردة خصوم سياسيين، تعتبر مخالفة للدستور من جهة إخلالها بحرية التعبير التي كفلها الدستور، وكذلك من جهة توحيها لفرض غير مشروع. مثلاً في ذلك مثل القيود التي يرفق بها حرية الاجتماع بقصد حرمان فئة من المواطنين من ولوج اجتماع معين أو لإرهابهم حتى لا يدخلوه.

ذلك أن هذه القيود تلتصق بالدستور من جهة مساسها بجوهر هذه الحرية وانتقاصها لها من أطرافها. وهي كذلك مخالفة للدستور من جهة أن السلطة التي أقرتها خلطها غرض غير مشروع تحدثت به بواجبها في تنظيم هذه الحرية.

وكذلك الأمر في شأن كل حق أو حرية ينظمها الدستور إذا اختلط فيها العوان على أيهما، بفرض غير مشروع.

وحتى في الأحوال التي تخرج فيها السلطة التشريعية على وظائفها خروجاً فاضحاً كاتهامها بعض السياسيين بمقاومة الثورة أو العمل على خلاف مبادئها، وإقرارها لقانون يعاقبهم على هذه الأفعال، ولو لم يكن الجزاء عليها جنائياً؛ فإن هذا القانون وإن توجه لتضييق أغراض لا يحميها الدستور - إلا أنه يعتبر مخالفاً مباشرة لنص المادة ٦٦ من الدستور التي تحظر إيقاع عقوبة بغير حكم قضائي، ولو لم تكن هذه العقوبة من طبيعة جنائية، بل جزاء لا تتوافر فيه خصائصها.

ومن ثم نتقدم هذه المخالفة، سوء استعمال السلطة باعتباره عيبا احتياطيا.

وتصدق هذه الملاحظة كذلك إذا صدر قانون اتخذ شكل قواعد مجردة في الوقت الذي تنصرف فيه هذه القواعد إلى أشخاص معينين بنواتهم قصد المشرع إقناعهم أو غط حق لهم من خلال النصوص القانونية التي ألغوها في صورة مجردة

ذلك أن صدور القانون على هذا النحو، ينطوي على مخالفة مباشرة لنص المادة ٦٨ من الدستور^(١) وهي مخالفة تكفي وحدها لإبطاله، ولو كانت الأغراض التي لا يسته وأثرت في تكوينه، مخالفة للدستور^(٢).

وبتعيين القول بالتالي بأن نصوص القانون المطعون عليها بمجاوزة السلطة، والتي يشوبها خروج مباشر على نص في الدستور -شكليا كان أو موضوعيا- لازمها أن نتقدم المخالفة المباشرة لهذا النص، الفصل في إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها.

فالقانون الذي يجيز مصادرة الصحف التي تسم بهيبة أو باعتبار بعض المسؤولين في مجال انتقاد طريقة أدائهم للعمل العام، يناقض بصورة مباشرة حرية التعبير التي كفل الدستور أصلها، ويكتسى كذلك بغرض غير مشروع . إذ لا صلة لهذه المصادرة بأمر يتصل بسلامة العامة أو بالأمن القومي وهما غرضان حددتهما المادة ٤٨ من الدستور لجواز فرض رقابة محدودة على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام عند إعلان حالة للطوارئ أو في زمن الحرب، ولكن المخالفة المباشرة لحرية التعبير، نتقدم بالضرورة بمجاوزة السلطة باعتباره عيبا احتياطيا.

وتدخل المشرع في وسائل البحث العلمي أو في أعمال الإبداع بما يرمقها، غرض غير مشروع. بيد أن هذا للتدخل يستحيل أن يتحقق بغیر الإخلال بحق المواطنين في المباشرة الحرة لبحوثهم العلمية أو لأعمال الإبداع على اختلافها. وتلك مخالفة مباشرة لنص المادة ٤٨ من الدستور نتقدم بالضرورة بإساءة استعمال السلطة.

(١) ولقا لنص المادة ٨٦ يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع. والتشريع هو القواعد المجردة حقيقة لا شكلا.

(٢) تنص المادة ٦٨ من الدستور على أن يتولى مجلس الشعب اختصاص بقرار القوانين والقوانين التي تشير اليها هذه المادة هي التي يرفع حكاهما في شكل نصوص قانونية تسم بالعمومية والتجرد فإذا أقر مجلس الشعب قانونا في شكل قواعد مجردة ثم ظهر أن حالة بذاتها أو شخصا بعينه هو المقصود بهذا القانون، ففي تلك القانون يكون مخالفا بصورة مباشرة لحكم هذه المادة.

وإبعاد مواطن عن وطنه ينالض مباشرة نص المادة ٥١ من الدستور. فإذا كان للغرض من الإبعاد هو طرده حتى لا يثير قلقا في وجه الدولة، كان قرار الإبعاد مخالفا في أن واحد لنص المادة ٥١ من الدستور، ومتشحا كذلك بغير غرض المشرع لا يتقدم المخالفة المباشرة لنص الدستور وإنما يأتي بعد الفصل فيها.

وتطبق حق المواطنين في الإجتماع على ترخيص، ينالض مباشرة نص المادة ٥٤ من الدستور، فإذا كان اشتراط الترخيص السابق على الإجتماع يتوخى أن تأذن الدولة به أو أن ترفض عقده على ضوء موقفها من المجتمعين، وما إذا كانوا يعارضونها أو يسمحون بحمدها، فإن مصادرة المشرع للحق في الإجتماع، يكون كذلك مشوبا بغرض غير مشروع يتأخر بالضرورة عن المخالفة المباشرة لنص المادة ٥٤ من الدستور.

وقس على ذلك كافة الحقوق والحريات التي يقيدھا المشرع بالمخالفة للدستور وبما يناقض الاغراض التي يتوخاھا.

الفصل السابع

الوقفة الدستورية على إغفال المشرع لتنظيم الجوانب الكاملة

لحقوق المواطنين وحرياتهم

٩٥٦- تثار قضية كبرى حول ما إذا كان اختصاص الجهة القضائية بالفصل في دستورية النصوص القانونية ينحصر في النصوص التي أوردها المشرع في مجال تنظيمه لموضوع معين؛ أم يتعداه إلى النصوص التي أهملها، والتي لا يكتمل التنظيم للقانوني للحق أو للحرية بدونها.

وتبدو أهمية هذه القضية وخطورتها من ناحيتين:

أولاهما: أن كل مخالفة للدستور، سواء نעدها المشرع أم انزلق إليها بغير قصد، يتعين قمعها.

ثانيهما: أن الدستور يكتل لكل حق أو حرية نص عليها، للحماية من جوانبها العلمية، وليس من معطياتها النظرية. وتشتمل هذه الحماية في الضمانة التي يكفلها الدستور لحقوق المواطنين وحرياتهم، والتي يعتبر إنفاذها شرطاً للانتفاع بها في الصورة التي تصورها الدستور نطاقاً فاعلاً لها.

وهذه الضمانة ذاتها هي التي يفترض أن يستهدفها المشرع، وأن يعمل على تحقيق وسائلها من خلال النصوص القانونية التي ينظم بها هذه الحقوق وتلك الحريات.

وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يكون تنظيمها كافلاً لنفسها في مجالاتها الحيوية، وأن يحيط بكل أجزائها التي لها شأن في ضمان قيمتها العملية.

فإذا نظمها المشرع تنظيمًا قاصراً، وذلك بأن أغفل أو أهمل جانباً من النصوص القانونية التي لا يكتمل هذا التنظيم إلا بها، كان ذلك إخلالاً بضماناتها التي هيأها الدستور لها. وفي ذلك مخالفة للدستور.

٩٥٧- فحق الاقتراح المخول لكل مواطن، مؤداه أن يكون لصوته القيمة ذاتها التي منحها المشرع لغيره من المواطنين؛ وأن تنهياً لكل مواطن مكنة حقيقة يفاضل من خلالها بين المرشحين المترشحين على المقاعد التمثيلية؛ وأن ينظم المشرع زمن، ومكان للحملة الانتخابية وكيفية مباشرتها؛ بما يكتل حينتها وإنصافها؛ وأن يحيطها بكل ضمانة تعزز مصداقيتها؛ وأن يكتل كذلك للمرشحين عليها حقوقاً يتساوون بها في فرص الفوز بمقاعد، وعلى الأخص

من خلال تنظيم حدود الأموال التي تتدفق فيها، وبيان مصادرها وأوجه إنفاقها؛ وألا يقسم المشرع الدوائر الانتخابية على نحو يكتل تمزيق أصوات المعارضين وتشكيتهم.

وقد يتصور البعض أن اشتغال التنظيم للقانوني لحق الاقتراع، على كافة النقاط السابق بيانها، يجعل هذا التنظيم متكاملًا، وناتجا عن مخالفة الدستور.

بيد أن هذا النظر يعتريه قصور يحصل في أن الحملة الانتخابية قد تتحول نتائجها من وجهين على الأخص:

أولهما: أن اشتراط الإشراف القضائي على عملية الاقتراع عملا بنص المادة ٨٨ من الدستور، لا يقتصر على مرحلة إدلاء الناخبين بأصواتهم في صناديق الاقتراع.

ذلك أن الحملة الانتخابية كما تصد نتائجها من خلال تزوير الأصوات التي أدلى بها فيها، فإن الناخبين قد يتعرضون قبل توجههم إلى صناديق الاقتراع لألوان من الضغوط يرزحون تحتها مما يخل بحيديتها. وهو ما يتحقق إذا لم ينبسط الإشراف القضائي على كافة مراحل العملية الانتخابية بدءا من التقيد في الجداول الانتخابية، ومرورا بطريق وصول الناخبين إلى صناديق الاقتراع، وانتهاء بمرحلة إدلائهم بأصواتهم في هذه الصناديق، ليحيط الإشراف القضائي بالعملية الانتخابية في كافة مراحلها.

ثانيهما: أن الصفة التي يدخل بها المرشحون في الحملة الانتخابية لا يجوز لهم تغييرها بعد فوزهم بالمقاعد النيابية. ذلك أن صفتهم هذه هي التي دخلوا في صراع الحملة الانتخابية على أساسها، وهي التي كانت محل اعتبار الناخبين في تحديد وجهة أصواتهم، وما كان المرشحون بالتالي ليحصلوا على مقاعدهم النيابية، لو كانت لهم صفة غيرها. ويزيد الأمر سوءا ما نراه من أن تغيير المرشحين لصفاتهم التي رشحوا على أساسها، لم يكن في كثير من الأحيان عملا فرديا بل تصرفا من كثيرين منهم قصدوا به تحقيق مغامد يلتصقونها. وهي مغامد لا شأن لها بأراء جديدة آمنوا بصحتها وغيروا عقيدتهم للدخول فيها.

ومن ذلك ماشهدناه في الحملة الانتخابية الأخيرة من أن كثيرين رشحوا أنفسهم بوصفهم مستقلين عن السلطة الحاكمة وحزبها المهيمن، حتى إذا ما فازوا في الحملة الانتخابية، انقلبوا على أعقابهم، وانضموا إلى حزبيها سعي وراء مغامد يتوقعونها من وراء هذا الانضمام -وليس إيماناً منهم بمبادئ- غير عابئين بأن تغييرهم لهويتهم، هو تحوير لإرادة الناخبين التي أعطتهم ثقتها بوصفهم مستقلين، وصرفها إلى غير وجهتها الحقيقية. فلا يكون

عملهم غير تزوير لهذه الإرادة بمائل من كل الوجوه لإدلال الأصوات الصحيحة بغيرها أو إسقاطها كلية.

وعدم جواز تغيير الفائز في الحملة الانتخابية للصفة التي انتخب على أساسها، هي القاعدة، سواء كان التغيير من مستقل إلى حزبي أو من حزب إلى آخر. ذلك أن الذين يدخلون في العملية الانتخابية بناء على صفة بذلتها كانت محل اعتبار الناخبين وقت إدلائهم بأصواتهم لصالحهم، يفترض فيهم أن يحتفظوا بهذه للصفة التي أدخلها للناخبون في اعتبارهم وقت انتخابهم، فإذا غيروها فيما بين جولتين انتخابيتين، صار انتخابهم بلا معنى^(١).

By standing for election under given party labels, candidates are in effect committing themselves to the support of those parties for the term of office. If that were not so, the use of the vote to choose between different programmes and political tendencies would be rendered meaningless.

وفترض اكتمال التنظيم القانوني لحق الاقتراع، أن يشتمل على كافة النصوص التي تمنع تحوير إرادة الناخبين، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر. فإذا خلا هذا التنظيم من تلك النصوص، كان قاصرا فيما لم يشتمل عليه منها، وتعين اعتبار هذا القصور إغفالا تشريعا مخالفا للمستور، شأن هذا الإغفال في ذلك شأن كل خروج على الدستور، سواء كان مقصودا من المشرع، أم كان مرده إلى سوء فهمه لأحكامه.

كذلك يفترض ضمنان الدستور لحق الدفاع أن يكون فعالا. ويقع بالتالي مخالفا للمستور كل تنظيم قانوني لهذا الحق، إذا خلا من النصوص القانونية التي تكفل اتصال المتهم بمحاميه ليس فقط وقت توجيه التهمة، بل كذلك في كافة المراحل المؤثرة في مصيره بما في ذلك مرحلة التحقيق الابتدائي، ثم مرحلة الاتهام التي أعقبها وحتى الفصل فيه.

وهي ضمانات تشمل كذلك إمكان الطعن في الحكم الصادر في الاتهام، وضرورة تمكن للمتهم ومحاميه من الفرص الكاملة التي يحد فيها الدفاع، بما في ذلك ضرورة الإفراج عن المتهم ولو بكفالة غير مغالية فيها- إذا كان هذا الإفراج مبررا كأن يكون لازما لتحضير وثائق تنحصر التهمة وتنفيها.

بل إن حق الدفاع يخل كذلك في كل محاكمة تختصر المشرع إجراءاتها، أو لم يكفل علانية جلساتها، أو لم يحط حقوق المتهم فيها بضوابط يوزن بها الحقوق التي كفلها لسلطة

(١) David Beethan and Kevin Boyle, Introducing democracy. UNESCO Publishing 1995. p.59

الاتهام، كأن يخل بشرط مواجهة المتهم لشهود النيابة، أو بحق المتهم في أن يحصل على شهود الذين يتفون الاتهام ويقارعون النيابة في أدلتها

وإغفال النصوص القانونية لشيء مما تقدم، هو إخلال بضمانة الدفاع ذاتها التي كفلها الدستور. ويتعين أن يكون الجزء على هذا الإغفال، هو عين الجزء المقرر على العنوان على حق الدفاع بنص قانوني مباشر.

ذلك أن ضمان الدستور لحق الدفاع -وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا- قد تقرر باعتباره أحد الأركان الجوهرية لسيدة القانون، كغلاً للخصومة القضائية عدلتها، وبما يصون قيمها، ويندرج تحتها ألا يكون الفصل فيها بعيداً عن أدلتها، أو نابذاً الحق في إجهاضها من خلال مقابلتها بما يهدمها من الأوراق وأقوال الشهود. فلا يكون بنيان الخصومة متحيفاً حقوق أحد من الخصوم، بل مكافئاً بينهم في مجال إثباتها أو نفيها، استظهاراً لكل حقائقها، واتصالاً بكافة عناصرها^(١).

٩٥٨- وما تنص عليه المادتان ٣٥ و ٣٤ من الدستور من عدم جواز فرض الحراسة على الملكية الخاصة، ومن حظر نزع ملكيتها أو تأميمها بغير تعويض عادل، مؤداه أن الأصل في الملكية هو أن تظل لأصحابها؛ وألا تفرض قيود عليها لا تقتضيها وظيفتها الاجتماعية؛ وألا ينال المشرع بالنال من أصلها أو يجردها من لوازمها إلا وفق الشروط والأوضاع التي ينص عليها الدستور والقانون، وألا يباشر آخرون عليها سيطرة فعلية يستأثرون من خلالها بشارها أو ملحقاتها أو منافعها، إضراراً بأصحابها الذين ظل سند ملكيتها بأيديهم، كالاستيلاء على الملكية الخاصة بصورة ممتدة تحيلها أعجاز دخل خاوية. ذلك أن الملكية هي المزايا التي تنتجها. فإذا انقض المشرع عليها، أُلحها صريماً، سواء كان عدوله عليها بنص تشريعي مباشر، أو بإغفال تقرير ضماناتها التي كفلها الدستور لها.

٩٥٩- وتنظيم الدستور للحق في التقاضي، يفترض ليس فقط حق النفاذ إلى المحاكم على اختلافها بوسائل ميسرة ودون عوائق إجرائية. وليس فقط تقرير كل ضمانة قضائية يقتضيها الفصل بصورة منصفة في حقوق الأفراد والنزاعات المدنية، وكذلك فيما يوجه إليهم من اتهام جنائي، وإنما يتعين كذلك أن تتوفر حلقتان أخريان لا يكتمل بدونهما حق التقاضي.

(١) القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٩٩ ق/دستورية - جلسة ١٩٩٨/٣/٧ - قاعدة رقم ١٣٣ - من ١١٠٧ من

الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة

لولا ما: أن تكون المحصلة النهائية للزجاج، إلى فرضية قضائية توفق الدستور والقانون، وتضع حداً نهائياً للعنوان على حقوق الأفراد وحرياتهم التي وقع الإخلال بها.

ثانيتهما: أن تفتقر هذه الفرضية بالحمل على تنفيذها جبراً، ولتضامها بقوة السلطة من المزمين بها، إذا لم يقبلوا بها طواعية واختياراً.

وإغفال المشرع تقرير النصوص القانونية التي يكتمل بها حق التقاضي، والتي يصل هذا الحق في كنفها إلى كامل مداه، هو عدوان على ذلك الحق لا يقل سوءاً عن النصوص القانونية التي يقرأها مجرد الحقوق التي ينظمها من مضامينها ويحلها إلى فراغ عقيم.

٩٦- وضمان للمستور الحرية الشخصية في إطار دولة القانون، ووفق المفاهيم الديموقراطية، يفترض شخصية المسؤولية الجنائية وشخصية العقوبة؛ وألا يندفع القاضي عقوبة بطريق القياس، وألا يجعل المشرع استخلاصاً بذواتهم مسئولين عن فعل أو أفعال لا شأن لهم بها، وألا يتخذ من القرائن القانونية التحكيمية، سبيلاً إلى إعفاء التنبية من اثبات ركن في الجريمة لا تقوم إلا به، أو من توافر أحد الظروف المشددة لعقوبتها، وألا يقرر المشرع جزاء جنائياً رجحياً، وألا يعطل مريان قانون أصلح للمتهم منذ صدوره، ولو لم يحن وقت العمل به؛ وألا يقيد الحرية الشخصية بغير الوسائل القانونية السلمية؛ وألا يعاقب على الفعل الواحد أكثر من مرة؛ وألا يفرض عقوبة من شأنها الحط من كدر الإنسان سواء بالنظر إلى قسوتها أو إلى منافاتها للقيم الخلقية؛ وألا يحدد عقوبة الجريمة بما يفقدها تناسبها معها، وألا يخل كذلك بحق الدفاع، أو يؤثر بوجه عام في الشروط الموضوعية والإجرائية التي تتوافر بها لكل محاكمة منصفة، متطلباتها حتى لا تدخل موارئها^(١).

فإذا أغفل المشرع في دائرة الجريمة والعقاب، شيئاً مما تقدم، أخل هذا القانون بنطاق الضمانة التي أحاط بها الدستور الحرية الشخصية التي ارتقت بها إلى حد وصفها بأنها من الحقوق الطبيعية، وصار ذلك القانون بالتالي مخالفاً للدستور، وباطلاً^(٢).

(١) يلاحظ أن بعض العقوبات -كعقوبة الإعدام- تنظم خاص بالنظر إلى خطورتها، كان يصدر الحكم بفرضها بالإجماع، وبعد التحقيق من عدم توافر ظرف يقتل الجريمة ويخفف عقوبتها، وبشرط أن يصدر الحكم بتوقيعها في إطار من الضمانات القضائية الكاملة، وأن يحرض هذا الحكم على محكمة الطعن بقوة القانون، فإذا سها المشرع عن شيء مما تقدم، كان ذلك إغفالاً مخالفاً للدستور.

(٢) يفترض هذا الإغفال، أن يكون الدستور قد سكت عن إيراد النصوص القانونية التي تمنع تقييدها بغير الوسائل القانونية السلمية، ذلك أن إيراد هذه النصوص فيه، يعني بداية عن إيجاب اشتمال القانون المنظم للحرية شخصية، عليها.

٩٦١- وما ينص عليه الدستور من أن الأسرة هي الوحدة الأولى والأساسية في بنية الجماعة، يفترض ضمان الدستور للحق في تكوينها؛ ولحق كل شخص في أن يختار برأيه الحرة الطرف الآخر في العلاقة الزوجية، وفي أن يتخذ ولداً؛ وأن يُلحق أبناءه بالمعاهد التعليمية التي يراها لوفى لتدريعاتهم؛ ولحق في تربيتهم خلقياً ودينياً؛ ولحق في ضمان تربط الأسرة وتماسكها على امتداد مراحل بقائها؛ ولحق في النفاذ إلى الوسائل الملائمة لإعالتها. فإذا نقض قانون أحد هذه الحقوق، أو لم يحفل بضمانيها، صار هذا القانون مخالفاً للدستور، سواء فيما نص عليه أو فيما أغفله.

٩٦٢- وما ينص عليه الدستور من ضمن حرية التعبير، يفترض ألا تعاق وسائل مباشرتها، وأن تتحدد طرقاً للتعبير؛ وأن تكور الآفاق المفتوحة هي نافذتها؛ وألا تكون الحدود الإقليمية حاجزاً يحول دونها؛ وأن تقتصر بالحق في نشر الآراء على اختلافها؛ وبالحق في انتقاد القائمين بالعمل العام ولو كان مريباً؛ وبالحق في الحصول على المعلومات من كافة روادها، وفي مقابلة الآراء ببعضها؛ وفي ألا تصدر الرسالة التعبيرية بالنظر إلى مضمونها ولا على ضوء صفة من ينصحون عنها أو يتلقونها أو يروجونها؛ وفي ألا يكون الإعلام قائماً على الاحتكار، وإنما ينبغي أن تكون سوقه مفتوحة لمن يريد أن يطرحها. فإذا نقض قانون هذه الأبعاد المختلفة لحرية التعبير أو حط من بعضها أو أبطأ أثرها، أو أهمل تقرير بعض جوانبها، كان هذا القانون باطلاً ومخالفاً للدستور سواء فيما انتقص به من ضماناتها أو ما أغفل تقريره من الحدود اللازمة لتفعيلها.

٩٦٣- تلك صور مختلفة لقصور المشرع في تنظيم الجوانب الكاملة لحقوق المواطنين وحررياتهم، سواء في ذلك تلك التي كفلها الدستور أو التي قررها المشرع في حدود سلطته التقديرية. وجميعها تؤكد أن حقوق المواطنين وحررياتهم لا يجوز تنظيمها بما لا يحيط بها. فذلك عنوان عليها وأمنها لا يعطيها القيمة الحقيقية التي تكفل فعاليتها.

٩٦٤- وما نقرره في هذا المقام ليس منصفاً نحكم العقل، وإنما هو تفعيل لكل ضمانة كفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي نص عليها.

فلا تقتصر هذه الضمانة عن الحقوق التي تتصل بها، وإنما تحيط بها من كل جوانبها، لتنتهي لها فرائض وجودها، وبما يكفل لهذه الحقوق متطلباتها، فلا تهم في فراغ، ولا تعتمد أو تقتصر الفائدة العملية المرجوة منها، وكان منطقياً بالتالي أن تتدخل المحكمة الدستورية العليا

في كثير من أحكامها^(١) لتؤكد أن الحماية الدستورية لحقوق المواطنين وحرياتهم، لازمها إن يحيط المشرع -في تنظيمه لها- بكافة جوانبها. فإذا كان تنظيمه لها قاصراً سواء في جوهر مقوماتها أو في بعض أطرافها، أخل هذا القصور -في الحالتين- بالحماية الواجبة لها، وبالصورة التي كان ينبغي أن تكون عليها. فلا يكون هذا القصور سواء أصابها في نواتها Nucleus^(٢) أو في بعض جوانبها، غير إخلال جسيم بها تفقد به تكاملها وتربط أجزائها.

وكما يبطل كل نص قانوني جاوز به المشرع حدود الدستور سواء في أوامره أو نواهيه، فإن الرقابة القضائية على قصور التنظيم التشريعي -أو رقابة الإغفال- هي التي تحمل المشرع على أن يكون تنظيمه لحقوق المواطنين وحرياتهم في الصورة الأوفى لها، فلا تقعد عاجزة عن تحقيق رسالتها، ولا يصيبها وهن من جراء تنظيم غير متكامل لا يطوق كل أقطارها.

(١) أنظر في ذلك القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٩٩ قضائية -دستورية- الصادر حكمها عن المحكمة الدستورية العليا بجلستها المحققة في ١٩٨٨/٣/٧. فقد قضى منطوق هذا الحكم، بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣، وذلك فيما لم يتضمنه من وجوب سماع أقوال عضو هذه الهيئة في مرحلة التحقيق. وقام قضاء المحكمة في ذلك، على أن إخلال أحد أعضاء هيئة قضايا الدولة بالثقة والاعتبار الواجبين فيه، أو بواجبات وظيفته ومقتضياتها، يعتبر ذنباً إدارياً مواخذاً عليه قانوناً، وإسناده إليه ينبغي أن يكون مسبقاً بتحقيق متكامل لا يقتصر على بعض عناصر الاتهام، بل يحيط بها جميعها، ويحصن أداتها مع ضمان الأقراص الكافية التي يتتبعها سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، فلا يكون التحقيق مبسراً أو مجرداً من ضمان موضوعيته، بل وإياها أمينا. وهذه الحيثية التي قام عليها قضاء الحكم المتقدم، تدل على أن إغفال المشرع تقرير ضمانات كفلها للدستور، يصم بالبطلان للنصوص القانونية التي انتقص بها من متطلبات هذه الضمانة. هذا وقد نشر هذا الحكم في ص ١٠٣، وما بعدها من الجزء التاسع من مجموعة أحكام المحكمة، بعد أن سقط سهواً من الجزء الثامن من هذه المجموعة.

(٢) -وإن الحق شبهه ببؤرة الضوء التي يروى وجود الحق بانطفائها.

١	تقديم
٨	الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية
٨	تمهيد

﴿ الكتاب الأول ﴾

٧٠	الأسس العامة للرقابة على الشرعية الدستورية	
	• • الباب الأول • •	
٧٠	الخطوط الرئيسية للرقابة القضائية على الدستورية	
	• • الفصل الأول • •	
٧٠	الرقابة القضائية على الدستورية: مرجعيتها	
	• • الفصل الثاني • •	
٧٦	الرقابة القضائية على الدستورية وتطوير الدستور	
	• • الفصل الثالث • •	
٨٤	بين تطوير نصوص الدستور، وملء الفراغ فيها	
٨٥	: أصل تركد إليه الفروع التي يجمعها.	• المبحث الأول
٩٠	: فروع يجمعها أصل واحد.	• المبحث الثاني
٩٢	: نصوص في الدستور ترشح لحقوق لائس عليها فيه.	• المبحث الثالث
	• • الفصل الرابع • •	
٩٤	الرقابة القضائية على الدستورية: ضرورتها	
	• • الفصل الخامس • •	
١١١	الرقابة القضائية على الدستورية: مقترضاها	
١١٠	: الخلفية اللازمة للرقابة على الدستورية.	• المبحث الأول
١١١	: الدول الشمولية.	- المطلب الأول
١١٢	: الدول السلطوية.	- المطلب الثاني
١١٤	: أثر مفاهيم السوق على التحول الديمقراطي.	- المطلب الثالث
١١٤	: النظام الديمقراطي هي الخلفية لضرورة للرقابة على الدستورية.	- المطلب الرابع
١١٦	: نقطة البداية التي تنطلق منها الرقابة القضائية على دستورية القوانين.	• المبحث الثاني

- ١٢٢ : الإطار الذي تعمل فيه جهة الرقابة القضائية على التشريعية الدستورية. • المبحث الثالث
- ١٣٧ : نهائية أحكام جهة الرقابة القضائية على الدستورية. • المبحث الرابع
- الفصل السادس •
- ١٤٩ الرقابة القضائية على الدستورية: وسائلها الفنية • الفصل السابع •
- ١٦٥ الرقابة القضائية على الدستورية: المطاعن التي تنطبق بها
- ١٦٥ : خصائص القيود التي يطليها الدستور. • المبحث الأول
- ١٦٦ : الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية. • المبحث الثاني
- ١٦٩ : ضوابط تطبيق الأوضاع الشكلية للنصوص القانونية. • المبحث الثالث
- ١٧١ : النصوص القانونية من جهة عيوبها الموضوعية. • المبحث الرابع
- ١٧٤ : الحجب المطلقة لقضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن مخالفة النصوص القانونية للدستور شكلاً وموضوعاً. • المبحث الخامس
- الفصل الثامن •
- ١٧٥ الرقابة القضائية على الدستورية : موجهاتها
- ١٧٦ : المبادئ القضائية. • المبحث الأول
- ١٧٩ : مقاصد أباء الدستور. • المبحث الثاني
- ١٨٢ : القانون الطبيعي. • المبحث الثالث
- ١٨٥ : التنظيم المقارن لحقوق الأفراد وحرياتهم. • المبحث الرابع
- ١٨٧ : المصادر العرفية. • المبحث الخامس
- ١٨٨ : دروس التاريخ ومعطيات القانون العام. • المبحث السادس
- ١٩٠ : القيم الخلقية للجماعة النابعة من ثقافتها. • المبحث السابع
- ١٩٣ : الخبرة العريضة للقضاة وفلسفتهم. • المبحث الثامن
- ١٩٦ : حقائق من الاقتصاد وعلم الاجتماع وغيره من العلوم. • المبحث التاسع
- ١٩٨ : الاهتمام بالأثر التي يحدثها قرار جهة الرقابة على مجتمعا. • المبحث العاشر
- ٢٠٠ : نصوص الدستور في اختيار وترتيبها. • المبحث الحادي عشر
- الفصل التاسع •
- ٢٠٢ بين مركزية الرقابة القضائية على الدستورية وتشتتها
- ٢٠٢ : الخلفية التاريخية للسياسة المصرية. • المبحث الأول
- ٢٠٥ : الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين القول بها وإكثارها. • المبحث الثاني
- ٢٠٩ رقابة الامتناع عن تطبيق القانون المناقض للدستور. • المبحث الثالث
- ٢١٠ : إنشاء المحكمة العليا كجهة قضائية تتركز فيها الرقابة على الدستورية. • المبحث الرابع
- ٢١١ : بساط ولاية المحكمة العليا على التشريعات جميعها. • المبحث الخامس
- ٢١٢ : مرسوم محكمة عليا وانتقادها. • المبحث السادس

٢١٤	: إرساء الرقابة القضائية على قواعد الدستور.	• المبحث السابع
٢١٥	: خصائص بنين المحكمة الدستورية العليا.	• المبحث الثامن
٢١٨	: تقييم دور كل من المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا.	• المبحث التاسع
٢٢٠	: موقع المحكمة الدستورية العليا من النظامين الأوروبي والأمريكي للرقابة على دستورية القوانين.	• المبحث العاشر
	• الفصل العاشر •	
٢٢٢	الرقابة القضائية على الدستورية وصلتها بفروع القانون	
٢٢٣	: الرقابة القضائية على الدستورية تتناول فروع القانون جميعها، والنصوص القانونية كافة.	• المبحث الأول
٢٢٦	: الرقابة القضائية على الدستورية في مجال القانون الجنائي الموضوعي.	• المبحث الثاني
٢٢٦	: المنظور العام للقانون الجنائي الموضوعي.	- المطلب الأول
٢٢٧	: غموض النصوص الجنائية وتفسيرها.	- المطلب الثاني
٢٢٩	: ضوابط دستورية العقوبة.	- المطلب الثالث
٢٣٨	: في الجريمة الصعبة وغير المعتدلة.	- المطلب الرابع
٢٤٢	: في رجعية القانون الأصلح للمتهم.	- المطلب الخامس
٢٤٦	: الرقابة الدستورية في مجال القانون الجنائي الإجرائي.	• المبحث الثالث
٢٤٦	: ضوابط المحاكمة المنصفة وخصائصها.	- المطلب الأول
٢٥١	: أصل البراءة.	- المطلب الثاني
٢٥١	: افتراض براءة المتهم، من خصائص النظام الاتهامي.	• الفرع الأول
٢٥٣	: تفسير النصوص العقابية في نطاق أصل البراءة.	• الفرع الثاني
٢٥٣	: أحوال لا يجوز أن ينتفى فيها أصل البراءة.	• الفرع الثالث
٢٥٦	: الطبيعة القانونية لأصل البراءة.	• الفرع الرابع
٢٥٧	: ضوابط التحقيق والفصل في الاتهام الجنائي.	- المطلب الثالث
٢٦٣	: الرقابة على الدستورية في مجال القانون المالي.	• المبحث الرابع
٢٦٣	: الضريبة أم رولاند القانون المالي.	- المطلب الأول
٢٦٤	: طبيعة القوانين الضريبية.	- المطلب الثاني
٢٦٥	: قانون الضريبة.	- المطلب الثالث
٢٦٧	: التمييز بين الضريبة العامة وغيرها من الأعباء المالية.	• الفرع الأول
٢٦٩	: خضوع الأعباء المالية جميعها لضوابط الحدالة الاجتماعية.	• الفرع الثاني
٢٧٠	: حقيقة الضريبة العلمية وصحيح تكليفها.	• الفرع الثالث
٢٧١	: الضريبة من جهة آثارها الأصلية والعرضية.	• الفرع الرابع
٢٧٢	: الضريبة والاستثمار.	• الفرع الخامس
٢٧٣	: الملزمون بالضريبة والممولون عنها.	• الفرع السادس
٢٧٤	: أدائها.	• الفرع السابع

٢٧٥	: رجيتها.	• الفرع الثامن
٢٧٦	: مدى جواز اقتضاء الضريبة قبل نشر القانون المتعلق بها.	• الفرع التاسع
٢٧٧	: للتفويض في فرضها.	• الفرع العاشر
٢٧٨	: أوجه إنفاذها.	• الفرع الحادي عشر
٢٨٠	: الضريبة والزكاة.	• الفرع الثاني عشر
٢٨٠	: ربط الضريبة بالدخل كأصل عام.	• الفرع الثالث عشر
٢٨٢	: الحدالة الاجتماعية كفيد الضريبة وغيرها من الأعباء المالية.	• الفرع الرابع عشر
٢٨٤	: دسورتها.	• الفرع الخامس عشر
٢٩٨	: الجريمة للضريبة.	• الفرع السادس عشر
٣٠٢	: الرقابة على الدستورية في مجال القانون الإداري.	• المبحث الخامس
٣٠٢	: مباشرة الإدارة لسلطانها الاتحبة.	- المطلوب الأول
٣٠٢	: اللوائح التنفيذية.	• الفرع الأول
٣٠٣	: اللوائح التفويضية.	• الفرع الثاني
٣٠٤	: لوائح للضرورة.	• الفرع الثالث
٣٠٦	: نطق سريان الواقع وأثره على لشريعة الدستورية.	- المطلوب الثاني
٣٠٦	: القواعد التنظيمية وحدها هي التي تجوز مراقبتها دستوريا.	• الفرع الأول
٣٠٨	: امتناع تحسين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية.	• الفرع الثاني
٣١٠	: سلطة الإدارة في إنشاء وتسيير المرافق العامة.	- المطلوب الثالث
٣١٠	: المرافق العامة من حيث ماهيتها.	• الفرع الأول
٣١٢	: سلطة المرافق العامة في توقيع الحجز الإداري لاقتضاء حقوقها.	• الفرع الثاني
٣١٣	: جواز الحجز على أموال المرافق العامة.	• الفرع الثالث
٣١٥	: الحقوق الإدارية وصلتها بإدارة وتسيير المرافق العامة.	• الفرع الرابع
٣١٦	: عمال المرافق العامة.	• الفرع الخامس
٣٢٩	: اتصال الرقابة القضائية على الدستورية بتطبيق قواعد القانون الدولي العام.	• المبحث السادس
٣٣١	: المعاهدة الدولية جوهر قواعد القانون الدولي العام.	- المطلوب الأول
٣٣١	: المعاهدة الدولية - مفهوم.	• الفرع الأول
٣٣٢	: المعاهدة الدولية - قوتها الملزمة وضوابط تصورها.	• الفرع الثاني
٣٣٣	: المعاهدة الدولية - مرتبتها.	• الفرع الثالث
٣٣٣	: المعاهدة الدولية - الرقابة على دستورتها.	• الفرع الرابع
٣٣٤	: المعاهدة الدولية - التحفظ عليها، والامسحاب منها.	• الفرع الخامس
٣٣٥	: المعاهدة الدولية - صلتها بالأعمال السياسية.	• الفرع السادس
٣٣٦	: المعاهدة الدولية - تنفيذها.	• الفرع السابع
٣٣٧	: المعاهدة الدولية - وحدتها وتجزئتها.	• الفرع الثامن
٣٣٨	: المعاهدة الدولية - حرية التعبير	• الفرع التاسع

٣٣٩	: حقوق غير المواطنين في حدها الأدنى وصلتها بقواعد القانون الدولي العام.	- المطلب الثاني
٣٤٥	: قواعد القانون الخاص وأثر الرقابة على الدستورية في تشكيلها وبيان مضمونها.	• المبحث السابع
٣٤٦	: حق الملكية.	- المطلب الأول
٣٤٦	: مفهومها.	• الفرع الأول
٣٤٦	: جذورها.	• الفرع الثاني
٣٤٧	: أهميتها.	• الفرع الثالث
٣٤٧	: القيود عليها.	• الفرع الرابع
٣٤٩	: مناهتها الشرعية.	• الفرع الخامس
٣٥٠	: سقوط الحق فيها.	• الفرع السادس
٣٥٠	: فرض الحراسة عليها.	• الفرع السابع
٣٥٢	: حرية التعاقد.	- المطلب الثاني
٣٥٧	: حق العمل.	- المطلب الثالث
٣٥٧	: خصاص هذا الحق.	• الفرع الأول
٣٦٠	: الشروط الموضوعية للحق في العمل.	• الفرع الثاني
٣٦١	: الآثار القانونية المترتبة على الحق في العمل.	• الفرع الثالث
٣٦٢	: العمل على العمل.	• الفرع الرابع
٣٦٢	: الحق في الأجر العادل.	• الفرع الخامس
٣٦٤	: القيود على الحق في العمل.	• الفرع السادس
٣٦٦	: الحرية التنافسية لسائر القطاع الخاص.	• الفرع السابع
٣٧١	: حق الحصول على العمل.	• الفرع الثامن
٣٧٣	: معاش العامل ليس بديلا عن أجره.	• الفرع التاسع
٣٧٤	: حماية صحة العامل وأمنه الاجتماعي.	• الفرع العاشر
٣٧٤	: حقيقة ونطاق حق العمال في المكاسب الاشتراكية.	• الفرع الحادي عشر
٣٧٦	: قانون الأحوال الشخصية.	- المطلب الرابع
٣٧٩	: نطاق تطبيق نص المادة الثانية من الدستور.	• الفرع الأول
٣٧٩	: لفتاح الاجتهاد في المسائل الشرعية الخلافية.	• الفرع الثاني
٣٨٠	: حق ولي الأمر في الاجتهاد.	• الفرع الثالث
٣٨١	: حضلة للصغير.	• الفرع الرابع
٣٨٢	: في مسائل الولاية من النص.	• الفرع الخامس
	♦♦ الفصل الحادي عشر ♦♦	
٣٨٤	الرقابة القضائية على الدستورية	
٣٨٤	: القواعد الكلية التي تحكمها.	• المبحث الأول
	♦♦ الفصل الثاني عشر ♦♦	
٤٠٣	الرقابة القضائية على الدستورية، وأشكال الصراع في الدولة	
٤٠٣	: صور الصراع على السلطة والحقوق.	• المبحث الأول

- ٤٠٨ : مزايًا تحويل النزاع السلمي إلى نزاع قانوني. **• المبحث الثاني**
- ٤١١ : الرافضون لطبع الحياة السياسية بالمستور. **• المبحث الثالث**
- ٤١٣ : لفاقولون بخصوص الحياة السياسية للمستور. **• المبحث الرابع**
- ٤١٥ : المزوجة بين السياسة والقانون في الحد من الصراع السياسي. **• المبحث الخامس**
- : قعدم الصراع السياسي في مصر. **• المبحث السادس**
- الفصل الثالث عشر ••**
- ٤٢١ : الرقابة القضائية على الدستورية وعلاقتها بالديموقراطية **• المبحث الأول**
- ٤٢١ : السلطة المقيدة كضمان نهائي للحرية. **• المبحث الثاني**
- ٤٢٢ : لديموقراطية إطار عام لحقوق المواطنين وحرياتهم ووعاء للمستور. **• المبحث الثالث**
- ٤٢٧ : انهيار مفاهيم ديموقراطية التمثيلية، وسقوط مبرراتها. **• المبحث الرابع**
- ٤٢٩ : دور جهة الرقابة على الدستورية في تعميق الديموقراطية. **• المبحث الخامس**
- ٤٣٤ : تقييم عمل جهة الرقابة القضائية على الدستورية. **• المبحث السادس**
- ٤٣٩ : أثر المفاهيم الديموقراطية على المحكمة الدستورية العليا. **• الفصل الرابع عشر ••**
- ٤٤١ : الرقابة القضائية على الدستورية وتنوع مصادرها **• المبحث الأول**
- ٤٤١ : تنوع مصادر الشرعية الدستورية. **• المبحث الثاني**
- ٤٤٤ : التوفيق بين مصادر الشرعية الدستورية حال تعارضها. **• المبحث الثالث**
- ٤٤٧ : تعاون الوثائق الدستورية لا تتلحزها. **• الفصل الخامس عشر ••**
- ٤٥٢ : الرقابة القضائية على الدستورية في حدودها الداخلية والخارجية **• المبحث الأول**
- ٤٥٢ : مناطق الرقابة القضائية للحدود الخارجية للنصوص القانونية. **• المبحث الثاني**
- ٤٥٦ : الرقابة القضائية للحدود الداخلية للنصوص القانونية. **• المبحث الثالث**
- ٤٦٠ : نظرية الخطأ الظاهر. **• الفصل السادس عشر ••**
- ٤٦٦ : الرقابة القضائية على دستورية القوانين بين توسيعها وتضييقها **• المبحث الأول**
- ٤٦٦ : مضمون الحماية الحقيقية للمستور. **• المبحث الثاني**
- ٤٧٢ : المراجعة القضائية للقوانين هي الطريق الأمثل لحماية الحقوق. **• الفصل السابع عشر ••**
- ٤٧٧ : المراجعة القضائية على دستورية القوانين الاستثنائية **• المبحث الأول**
- ٤٧٧ : حظر هذه الرقبة في فرنسا. **• المطلب الأول**
- ٤٨٠ : الرافضون للفصل في دستورية القوانين الاستثنائية. **• المطلب الثاني**
- ٤٨١ : المؤيدون للرقابة القضائية على القوانين الاستثنائية. **• المطلب الثالث**
- ٤٨٣ : موقف المحكمة الدستورية العليا في مصر من قوانين الاستثنائية.

٤٨٤	• الفصل الثامن عشر • الرقابة القضائية على دستورية القوانين	
٤٩٣	• الفصل التاسع عشر • أبعاد الرقابة القضائية على دستورية القوانين	
٤٩٧	: صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في فرنسا.	• المبحث الأول
٤٩٧	: الرقابة القضائية المحدودة السابقة على صور القانون.	- المطلب الأول
٤٩٧	: الرقابة القضائية السابقة والوجوبية على القوانين العضوية.	• الفرع الأول
٥٠٠	: الرقابة القضائية السابقة والاختيارية على القوانين العادية قبل إصدارها.	• الفرع الثاني
٥٠٤	: خصائص الرقابة القضائية السابقة على القوانين في فرنسا.	• المبحث الثاني
٥١٠	: الرقابة القضائية على دستورية اللوائح البرلمانية قبل تطبيقها.	• المبحث الثالث
٥١٣	: الرقابة القضائية على صحة العضوية البرلمانية.	• المبحث الرابع
٥٢١	: الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات الدولية.	• المبحث الخامس
٥٢٦	: الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري.	• المبحث السادس
٥٢٦	: القانون بالطبيعة القضائية لنشاط المجلس.	- المطلب الأول
٥٢٧	: القانون بالطبيعة السياسية لنشاط المجلس.	- المطلب الثاني
٥٣٠	: ترجيح الطبيعة القانونية لنشاط المجلس على طبيعته السياسية.	- المطلب الثالث
٥٣١	: ماذا كان يراد بالمجلس الدستوري الفرنسي ودرجة التطور التي بلغها.	- المطلب الرابع
٥٣٧	: لا مكان للرقابة اللاحقة حتى اليوم في فرنسا.	• المبحث السابع
	• الفصل العشرون •	
٥٤٣	الرقابة القضائية اللاحقة أو القائمة	
	• الفصل الحادي والعشرون •	
٥٤٩	الرقابة القضائية على الدستورية في صورتها المجردة	
	• الفصل الثاني والعشرون •	
٥٥٤	الرقابة القضائية على الدستورية في مصر	
	• الفصل الثالث والعشرون •	
٥٧٣	الطريق إلى الديمقراطية في مصر والشرعية الدستورية	
٥٧٣	: فرائض الديمقراطية.	• المبحث الأول
٥٧٥	: التحدي.	• المبحث الثاني
٥٧٥	: التحدي مخجل للديمقراطية وضرورة التقدم.	- المطلب الأول
٥٧٨	: التحدي قيمة دستورية.	- المطلب الثاني
٥٨٠	: تحقق التحدي بصور نشاط الإنسان على اختلافها.	- المطلب الثالث
٥٨١	: ضرورة الفزول على القيم التي تطو الدستور.	• المبحث الثالث
٥٨٦	: الحق في الحرية والمساواة كقيمتين تطوان الدستور.	• المبحث الرابع
٥٨٨	: كرامة الإنسان كقيمة عليا بوصفها أصل لكل حقوقه وحريته.	• المبحث الخامس
٥٨٩	: حق الملكية كقيمة عليا.	• المبحث السادس

٥٩٠	: تقييم عام للتقيم التي تعالج المستفيد	• المبحث السابع
٥٩٦	: ضمان تكوين هيئة الناخبين وفقاً لل دستور	• المبحث الثامن
٦٠٠	: المدخل إلى حق الاقتراع	- المطلب الأول
٦٠١	: القيود على حق الاقتراع	• الفرع الأول
٦٠٢	: خصائص حق الاقتراع	• الفرع الثاني
٦٠٣	: ضوابط مباشرة حق الاقتراع	• الفرع الثالث
٦٠٤	: إشراف الهيئات القضائية على حق الاقتراع	• الفرع الرابع
٦١٠	: ضمان مصداقية العملية الانتخابية	- المطلب الثاني
٦١٦	: الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القانون، ضمان حاسم لحقوق المواطنين وحرياتهم	• المبحث التاسع
٦١٦	: لوضع تطبيق الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها	- المطلب الأول
٦١٨	: الجيوب للكلمة في الرقابة القضائية على القوانين قبل إصدارها	- المطلب الثاني
٦٢١	: امتناع تولي أعضاء السلطة التشريعية أعمالاً تتعارض طبيعة عضويتهم بها وتعارضهم لها	• المبحث العاشر
٦٢٥	: ضرورة فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية	- المطلب الأول
٦٢٧	: حدود الحصانة البرلمانية	- المطلب الثاني
٦٣٤	: حصر نطاق التفويض التشريعي في أضيق الحدود	• المبحث الحادي عشر
٦٣٥	: شروط جواز التفويض	- المطلب الأول
٦٣٧	: صور التفويض	- المطلب الثاني
٦٤٤	: التفويض عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية	• الفرع الأول
٦٥٢	: التفويض في غير الضرورة الاستثنائية • الفصل الرابع والعشرون •	• الفرع الثاني
٦٥٦	: شروط الفصل في دستورية النصوص القانونية	
٦٥٨	: خصائص الخصومة الدستورية	• المبحث الأول
٦٦٠	: الخصومة المختلفة بالتبدير والتواطؤ	• المبحث الثاني
٦٦٢	: الخصومة العقيمة	• المبحث الثالث
٦٦٨	: الخصومة الفرضية أو المجردة	• المبحث الرابع
٦٧١	: الخصومة التي لم يكتمل نضجها	• المبحث الخامس
٦٨١	: انتفاء مفهوم الخصومة في مجال الآراء الاستشارية	• المبحث السادس
٦٨٥	: امتناع الفصل في خصومة لم تستكمل بيناتها	• المبحث السابع
٦٩٠	: امتناع النظر في خصومة دستورية لم تتصل بالجهة القضائية التي تصل فيها وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانونها	• المبحث الثامن
٦٩٧	: طرائق الرقابة على الشرعية للدستورية التي لا يعرفها قانون المحكمة الدستورية	• المبحث التاسع

- ٦٩٧ - **المطلب الأول** : الدعوى الأصلية بحكم الدستورية
- ٧٠٠ - **المطلب الثاني** : الأوامر المتعلقة بإنهاء الاحتجاز غير المشروع للبدن
- ٧٠٥ - **المطلب الثالث** : الأوامر الوقائية
- ٧٠٥ - **المطلب الرابع** : الأحكام التقريرية
- ٧٠٩ • **المبحث العاشر** : عدم جواز الفصل في خصومة دستورية لم تصدر المحكمة الأدنى قراراً نهائياً فيها
- ٧١٣ • **المبحث الحادي عشر** : امتناع الفصل في خصومة دستورية لا تتوافر أركانها فيها مصلحة شخصية مباشرة
- ٧١٨ - **المطلب الأول** : عناصر المصلحة الشخصية المباشرة
- ٧٢٨ - **المطلب الثاني** : رابطة السببية بين النصوص للقانونية المدعى مخالفتها للدستور، وما لحق المدعى بسببها من أضرار تجوز تسويتها قضائياً
- ٧٣٢ - **المطلب الثالث** : الدفاع عن حقوق الآخرين
- ٧٣٩ - **المطلب الرابع** : مصلحة المنظمة أو الجمعية أو الولاية أو المشرع
- ٧٤٦ • **المبحث الثاني عشر** : امتناع الفصل في خصومة لا تثير مسائل دستورية
- ٧٤٩ • **المبحث الثالث عشر** : امتناع مخاصمة النصوص للقانونية التي أفاد الطاعن من مزايها
- ٧٥١ • **المبحث الرابع عشر** : امتناع الفصل في خصومة تزل أركانها عن الحقوق التي يطلبها فيها
- ٧٥٣ • **المبحث الخامس عشر** : امتناع الفصل في المسائل السياسية بطبيعتها
- ٧٧٧ • **المبحث السادس عشر** : الأعمال السياسية في قضاء المحكمة الدستورية العليا
- **الفصل الخامس والعشرون** •
- ٧٨٩ **الرقابة القضائية على الدستورية، والتفسير التشريعي للقانون**
- ٧٨٩ • **المبحث الأول** : لخصائص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعي
- ٧٩٢ • **المبحث الثاني** : الشروط الإجرائية والموضوعية للتفسير التشريعي وفق قانون المحكمة الدستورية العليا
- ٧٩٣ - **المطلب الأول** : الشروط الشكلية لطلب التفسير التشريعي
- ٧٩٣ - **المطلب الثاني** : الشروط الموضوعية لطلب التفسير التشريعي
- ٧٩٦ • **المبحث الثالث** : لا يجوز الفصل في دستورية النصوص القانونية من خلال تفسيرها تفسيراً تشريعياً
- ٧٩٨ • **المبحث الرابع** : طلب التفسير التشريعي ليس بخصومة قضائية
- ٨٠٠ • **المبحث الخامس** : طبيعة التفسير التشريعي وأثره
- **الفصل السادس والعشرون** •
- ٨٠١ **الرقابة القضائية على الدستورية وإدارة الدولة لشؤونها الخارجية**
- ٨٠١ • **المبحث الأول** : للتدخل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في هذا النطاق
- ٨٠٥ • **المبحث الثاني** : بعض أحكام المعاهدات الدولية
- ٨٠٥ - **المطلب الأول** : دستورية المعاهدة الدولية

٨٠٧	: مبدأ فصل السلطة التشريعية عن التنفيذية، وأثره على المعاهدة	- المطلب الثاني
٨٠٩	: التفاوض على المعاهدة الدولية	- المطلب الثالث
٨١٠	: نصير المعاهدة الدولية	- المطلب الرابع
٨١٥	: العلاقة بين المعاهدة والقانون	- المطلب الخامس
٨١٨	: المعاهدة الدولية والتفويض البرلماني	- المطلب السادس
٨١٩	: المعاهدة الدولية ونظرية الأعمال السياسية	- المطلب السابع
٨٢١	: إنهاء المعاهدة	- المطلب الثامن
٨٢٤	: المسائل التي تنظمها المعاهدة الدولية	- المطلب التاسع
٨٢٥	: الاتفاقية الدولية وشروط تطبيقها في القانون الداخلي، وعلاقة الدستور بها	- المطلب العاشر
٨٣١	: ضوابط دستورية المعاهدة الدولية في قضاء المحكمة الدستورية العليا ♦♦الفصل السابع والعشرون♦♦	• المعهد الثاني
٨٣٥	: حدود سمو الدستور	• المعهد الأول
٨٣٥	: تعديل الدستور	- المطلب الأول
٨٣٦	: القيود المطلقة بزمان ونوع للتعديل	- المطلب الثاني
٨٣٨	: القيود المطلقة بموضوع التعديل	- المطلب الثالث
٨٣٩	: التخليص على الدستور	• المعهد الثاني
٨٤٠	: الثورة على الدستور والثورة على الثورة ♦♦الفصل الثامن والعشرون♦♦	
٨٤١	: الرقابة القضائية على دستورية القوانين المكملية للدستور	• المعهد الأول
٨٤١	: الشكاية الإضافية المنصوص عليها في المادة (١٩٥) من الدستور	• المعهد الثاني
٨٤٥	: التمييز بين القوانين المكملية للدستور وللقرائن العضوية ♦♦الفصل التاسع والعشرون♦♦	
٨٤٩	: الرقابة على للدستورية وضمنان حرية التعاقد	• المعهد الأول
٨٤٩	: حرية التعاقد بوجه عام	• المعهد الثاني
٨٥٨	: قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن حرية التعاقد *** الباب الثاني ***	
٨٧١	: الشرعية الدستورية في الظروف والأوضاع الاستثنائية ♦♦الفصل الأول♦♦	
٨٧١	: الدولة وأزماتها الخطيرة	• المعهد الأول
٨٧١	: طبيعة الأوضاع الاستثنائية في إطار نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	• المعهد الثاني
٨٧٦	: لصور الجوانب الفنية لنص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	- المطلب الأول
٨٧٦	: كيفية إتخاذ حكمها	- المطلب الثاني
٨٧٨	: حقيقة التدابير التي يجوز اتخاذها على ضوء نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	
٨٨٠	: زمن بقاء الأوضاع الاستثنائية أو التدابير التي تتصل بها	- المطلب الثالث

٨٨٢	: دور البرلمان إبان تطبيق نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي	• المبحث الثالث
٨٨٥	: تقييم نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسي من جهة فائدتها ومخاطر تطبيقها	• المبحث الرابع
٨٨٩	: نص المادة ٧٤ من الدستور المصري وصلتها بقم الشرعية في مدرجها المطا	• المبحث الخامس
	• الفصل الثاني •	
٩٠٠	السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية إبان الحكم العرفي	
٩٠٠	: عتتها	• المبحث الأول
٩٠٥	: الحالة الطارئة من حيث مداها	• المبحث الثاني
٩٠٨	: القسوط العريضة للحالة الطارئة	• المبحث الثالث
٩٠٨	: الأحكام العرفية في فرنسا	- المطلب الأول
٩١١	: حالة الطوارئ أو الاستعجال في مصر	- المطلب الثاني
٩١١	: أساسها من الدستور	• الفرع الأول
٩١٥	: مواجعتها بالقانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٥٨	• الفرع الثاني
٩١٦	: انتهاء حالة الاستعجال	• الفرع الثالث
٩١٧	: خصائص التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية	• الفرع الرابع
٩١٩	: تقييم حالة الاستعجال	• الفرع الخامس
٩٢٦	: موقف القانون المقلن من حالة الاستعجال	• الفرع السادس
٩٢٧	: اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يعينها إليها رئيس الجمهورية	• الفرع السابع
	بعد اعلان حالة الطوارئ	
٩٢٩	: ضوابط الرقابة على الدستورية في حالة لخطر العلم	• المبحث الرابع
	• الفصل الثالث •	
٩٣١	سلطات الحرب الاستثنائية والرقابة على دستوريها	
٩٣١	: خطورة الحرب والاختصاص بإعلانها	• المبحث الأول
٩٣٣	: الواجبات التي تفرضها الحرب على الدولة	• المبحث الثاني
٩٣٥	: الآثار التي ترتبها الحرب على حقوق الأفراد	• المبحث الثالث
٩٤١	: اختصاص رئيس الجمهورية في مواجهة الأعمال العدائية	• المبحث الرابع
٩٤٧	: تقييم وسائل مباشرة سلطة الحرب	• المبحث الخامس
٩٤٩	: مظاهر استعمال سلطة الحرب	• المبحث السادس
٩٥٣	: حقوق الأقاليم المحطة والأقاليم المضمومة	• المبحث السابع
٩٥٥	: بين إعلان الحرب وإعلانها	• المبحث الثامن
٩٥٨	: أسواق الأعداء وغنائم الحرب	• المبحث التاسع
٩٥٩	: تفويض رئيس الجمهورية في بعض مظاهر سلطة الحرب	• المبحث العاشر
٩٦٢	: إعلان الحكم العرفي	• المبحث الحادي عشر
٩٦٣	: الاعتراض على احتجاز البدن	• المبحث الثاني عشر

٩٦٤	المبحث الثالث عشر : الجرائم ضد الإنسانية وغيرها من جرائم الحرب
	♦♦الفصل الرابع♦♦
٩٧١	الرقابة القضائية على دستورية محكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية
٩٧٣	المبحث الأول : الحد الأدنى من الحقوق المقررة لكل فرد في مواجهة سلطة الاتهام
٩٨٢	المبحث الثاني : الجهة المختصة بتحديد اختصاص المحاكم العسكرية
٩٨٥	المبحث الثالث : قانون الأحكام العسكرية قانون خاص
٩٨٨	المبحث الرابع : نظرة عامة لقانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦
٩٨٩	المبحث الخامس : جلب المدنيين إلى المحاكم العسكرية
١٠٠٠	المبحث السادس : المخاطبون بالنظم العسكرية
١٠٠٥	المبحث السابع : خصائص النظم العسكرية وأهدافها
١٠٠٨	المبحث الثامن : علو السلطة المدنية على السلطة العسكرية
١٠١٠	المبحث التاسع : التطبيق العملي للنظم العسكرية
١٠١٥	المبحث العاشر : الجرائم العسكرية - ماعتها
١٠١٨	المبحث الحادي عشر : العاملون من أفراد القوات المسلحة في القواعد الأجنبية
١٠١٩	المبحث الثاني عشر : صور من التحديد التشريعي في مصر للجرائم العسكرية
١٠٢٥	المبحث الثالث عشر : تقييم قانون الأحكام العسكرية
	*** الباب الثالث ***
١٠٢٩	القوانين الجنائية وصلتها بالحق في الحياة وفي الحرية وفي الملكية
	♦♦الفصل الأول♦♦
١٠٢٩	الرقابة القضائية على دستورية القوانين الجنائية
١٠٢٩	المبحث الأول : الضرورة الاجتماعية مناهل التجريم
١٠٣٣	المبحث الثاني : تطور القوانين الجنائية
١٠٣٥	المبحث الثالث : الجزاء الجنائي - من منظور عام
١٠٣٥	- المطلب الأول : مفهوم الجزاء الجنائي
١٠٣٦	- المطلب الثاني : معايير قسوة العقوبة
١٠٣٧	- المطلب الثالث : معايير قسوة العقوبة تتصرف كذلك إلى طريقة تنفيذها
١٠٣٩	- المطلب الرابع : صور من العقوبة القاسية
١٠٤٢	المبحث الرابع : المركز الخاص لعقوبة الإعدام
١٠٤٩	المبحث الخامس : الفصل بين التقدير التشريعي للعقوبة، وبين التقدير القضائي لها
١٠٥١	المبحث السادس : معايير وضوابط الجزاء الجنائي
١٠٦٠	المبحث السابع : مفهوم الجزاء في قضاء المحكمة الدستورية العليا
١٠٦٧	المبحث الثامن : القوانين الجنائية وشرط الوسائل القانونية المصلحة
١٠٦٩	المبحث التاسع : تكامل القانون الجنائي في جوانبه الموضوعية والإجرائية

• الفصل الثاني •

قواعد الشرعية الجنائية

- ١٠٧٢ : لا جريمة بغیر قانون
- ١٠٧٢ : المبحث الأول
- ١٠٨٩ : حظر محاكمة الشخص أكثر من مرة عن الجريمة الواحدة
- ١٠٩٦ : في جواز أو حظر اللجوء إلى القانون القنونية في المجال الجنائي
- ١١٠٣ : قرأتين قانونية مخالفة للامتنور، وذلك لاقرانها القصد الجنائي
- ١١٠٣ : المبحث الثاني
- ١١٠٣ : الفرع الأول
- ١١٠٣ : الفرع الثاني
- ١١٠٥ : مناطق مسئولية الحائز للبطاقة الأجنبية التي يتجر فيها مع العلم بتعريضها
- ١١٠٧ : مناطق مسئولية رئيس تحرير الصحيفة
- ١١١٢ : مناطق علم الموجر بالعقد الصادر من نائبه أو أحد شركائه أو نائبهم في شأن عين
- ١١١٤ : المطلب الثاني
- ١١١٨ : المطلب الثالث
- ١١١٨ : * فرع وحيد
- ١١١٩ : المطلب الرابع
- الفصل الثالث •
- ١١٢٤ : امتناع الإختلال بالحقوق التي كفلها الدستور للمشهورين والمتهمين
- ١١٢٤ : ضمان الحق في الحصول على مشورة محام
- ١١٣٠ : فعالية المونة التي يقدمها المحامي: شرط مشروعيتها
- ١١٣٢ : وجوب سماع المتهم عن طريق محاميه
- ١١٣٣ : المطلب الثالث
- ١١٣٥ : الأهمية الجوهرية لحق الدفاع
- ١١٣٦ : المطلب الرابع
- ١١٣٧ : المطلب الخامس
- ١١٣٨ : المطلب السادس
- ١١٣٩ : المطلب السابع
- ١١٣٩ : المطلب الثامن
- ١١٤٠ : المطلب التاسع
- ١١٤١ : المطلب العاشر
- ١١٤٢ : المطلب الحادي عشر
- ١١٤٣ : المطلب الثاني عشر
- ١١٤٥ : المبحث الثاني
- ١١٤٥ : المطلب الأول
- ١١٤٦ : المطلب الثاني
- ١١٤٩ : المبحث الثالث
- ١١٤٩ : المطلب الأول

- **المطلب الثاني** : الأشخاص الذين يتمتعون بهذا الامتياز ١١٥٠
- **المطلب الثالث** : الجهات التي يجوز التمسك أصلها بهذا الحظر . ١١٥١
- **المطلب الرابع** : للتفاوض مع المتهم للإقرار بجريمة عقوبتها قتل، لا يناقض امتياز حظر الحمل ١١٥٥
على الشهادة
- **المطلب الخامس** : نطاق امتياز حظر الحمل على الشهادة ١١٥٦
- **المطلب السادس** : صور من التحقيق لا يشملها الامتياز ١١٥٨
- **المطلب السابع** : التمييز بين الشهادة المحظورة وغيرها ١١٥٩
- **المطلب الثامن** : مضمون الشهادة التي يحظر حمل المتهم على الإدلاء بها قهراً ١١٦٠
- **المطلب التاسع** : حظر الحمل على الشهادة لا يقوم في المواد المدنية ١١٦١
- **المطلب العاشر** : أهمية الامتياز ١١٦١
- **المطلب الحادي عشر** : المخاطر التي يترافق بها امتياز الحمل على أداء الشهادة ١١٦٢
- ♦♦ **الفصل الرابع** ♦♦
- لتقييد التي يفرضها الدستور على للقوانين الجنائية ١١٦٤
- ♦♦ **المبحث الأول** ♦♦ : نطاق هذه القيود من جهة مضمون القوانين الجنائية وما يتصل بها من صور ١١٦٤
الجزاء
- ♦♦ **الفصل الخامس** ♦♦
- القوانين الجنائية من جهة لغتها وأسلوب تطبيقها ١١٧٨
- ♦♦ **المبحث الأول** ♦♦ : شرط الإختلاف في القوانين الجنائية ١١٧٨
- **المطلب الأول** : القوانين الجنائية التي طال زمن التخلي عنها ١١٧٨
- **المطلب الثاني** : القوانين الجنائية من جهة غموض معانيها ١١٧٩
- ♦♦ **الفصل السادس** ♦♦
- إجراءات ما قبل المحاكمة ١١٨٦
- ♦♦ **المبحث الأول** ♦♦ : تقييم عام لهذه الإجراءات ١١٨٦
- **المطلب الأول** : أهمية الاجراء في المواد الجنائية بوجه عام ١١٨٧
- **المطلب الثاني** : أهمية الاجراء في مرحلة ما قبل المحاكمة ١١٨٩
- **المطلب الثالث** : مضمون شرط الوسائل القانونية السليمة ١١٩٠
- ♦♦ **المبحث الثاني** ♦♦ : مدخل عام للتبض والتفتيش ١١٩٤
- **المطلب الأول** : استبعاد كل دليل ينشأ من مصدر غير مشروع ١١٩٥
- **المطلب الثاني** : شروط صحة للتفتيش ١١٩٨
- **المطلب الثالث** : التمييز بين التبض على الأشخاص واستيفائهم ١٢٠٣
- **المطلب الرابع** : الطبيعة التنظيمية لبعض صور التفتيش ١٢٠٦
- **المطلب الخامس** : التبض أو التفتيش الذي يجريه شخص من أحد الناس ١٢٠٨
- **المطلب السادس** : التبض والتفتيش وفقاً لمستور مصر وقضاء المحكمة الدستورية العليا ١٢٠٨
- **المطلب السابع** : إخلال التبض والتفتيش غير المبرر بالحق في حرمة الحياة الخاصة ١٢١٠
- **المطلب الثامن** : إخلال التبض والتفتيش غير المبرر بالحق في التنقل ١٢٢٣

١٢٢٩	: الإتياع بالآخرين	• المبحث الثالث
١٢٣٣	: إقرار المشبوهين بالجريمة	• المبحث الرابع
١٢٣٣	: طبيعة هذا الإقرار	- المطلب الأول
١٢٣٤	: بطلان كل إقرار بالجريمة ينتزع جبراً	- المطلب الثاني
١٢٣٥	: حضور المحامين مع المشبوهين ضرورة لا تربط فيها	- المطلب الثالث
١٢٣٦	: تطور مفهوم الإقرار بالجريمة	- المطلب الرابع
١٢٤٠	: حقوق المشبوهين قبل بدء التحقيق	- المطلب الخامس
١٢٤١	: التحقيق في مرحلة الاحتجاز	- المطلب السادس
١٢٤٣	: جواز الاستثناء من ضوابط الإقرار بالجريمة	- المطلب السابع
١٢٤٤	: الحقوق التي لم تلت نظر المشبوه إليها	- المطلب الثامن
١٢٤٥	: آثار التحصيل غير المشروع على الدليل • الفصل السابع •	- المطلب التاسع
١٢٤٩	المحاكمة الجنائية المنصفة	
١٢٤٩	: التدابير التي يجوز اتخاذها في مرحلة ما قبل المحاكمة	• المبحث الأول
١٢٥٣	: الإقرار قبل المحاكمة	• المبحث الثاني
١٢٥٩	: قرار الاتهام	• المبحث الثالث
١٢٦٣	: تقدير الأسس التي قام عليها قرار الاتهام • الفصل الثامن •	• المبحث الرابع
١٢٦٧	المحاكمة المنصفة	
١٢٦٧	: صورتها الإجمالية	• المبحث الأول
١٢٧٣	: الحق في محاكمة سريعة	• المبحث الثاني
١٢٨٠	: الحق في محاكمة علنية	• المبحث الثالث
١٢٨٦	: دور المحامين في الدعوى الجنائية	• المبحث الرابع
١٢٨٩	: الحق في محاكمة يتوفر لتضامتها الاستقلال والوحدة للكاملان	• المبحث الخامس
١٢٩٥	: حق المواجهة	• المبحث السادس
١٣٠٤	: تشخيص الاتهام	• المبحث السابع
١٣٠٦	: الحق في إبطال الإقرار بالجريمة	• المبحث الثامن
١٣١٠	: صور أخرى للوسائل القانونية السليمة في إبطال الاتهام الجنائي • الفصل التاسع •	• المبحث التاسع
١٣١٢	: ضوابط تفسير النصوص الجنائية • الفصل العاشر •	
١٣١٥	: الوسائل القانونية السليمة في غير نطاق الاتهام الجنائي • الفصل الحادي عشر •	
١٣٢٢	الحماية للقانونية المتكافئة للحق في الحياة	

* الباب الرابع *

- ١٣٢٩ : لفقانون أداة تنظيم الحقوق وقد يطوقها
• الفصل الأول •
- ١٣٢٩ : امتناع تجريم المصالح التي كفلها الدستور
• الفصل الثاني •
- ١٣٣٦ : لفقانون أداة تنظيم حقوق المواطنين وحرياتهم
• الفصل الثالث •
- ١٣٤٩ : السلطة التشريعية بين التقدير والتقييد
- ١٣٤٩ : الاختصاص المطلق للبرلمان في تنظيم المسائل جميعها عدا تلك التي احتجزها
• المبحث الأول : الدستور للسلطة التنفيذية
- ١٣٥١ : نطاق اختصاص السلطة التنفيذية
- ١٣٥٢ : نطاق سلطة التقدير التي يملكها البرلمان
- المبحث الثاني : • الفصل الرابع •
- ١٣٥٨ : الحقوق التي ينشئها مباشرة نص قانوني
• الفصل الخامس •
- ١٣٦٤ : الاستفتاء كطريق لضمان حقوق المواطنين وحرياتهم
- ١٣٦٧ : صور الاستفتاء بوجه عام
- ١٣٦٧ : صور الاستفتاء وفق دستور مصر لعام ١٩٧١
- ١٣٦٩ : التمييز بين الاستفتاء على موضوع محدد وبين الاستفتاء على شخص معين
- ١٣٧٠ : الجهة التي يجوز لها إجراء الاستفتاء
- ١٣٧١ : الآثار القانونية المترتبة على الاستفتاء
- ١٣٧٢ : شروط الاستفتاء
- ١٣٧٤ : في مدى خضوع القوانين الاستثنائية للرقابة القضائية على الشرعية الدستورية
• المبحث الأول : • الفصل السادس •
- ١٣٧٩ : الاتحراف في استعمال السلطة التشريعية
- ١٣٧٩ : المفهوم العام لمصطلح استعمال السلطة
- ١٣٨١ : الأغراض التي يستهدفها تشريع من النصوص القانونية
- ١٣٨٢ : التمييز بين مقاصد تشريعية لا تتعارض مع الدستور ومقاصد تشريعية تخالفه
- ١٣٨٧ : نحو بناء نظرية متكاملة لسوء استعمال السلطة
- ١٣٨٩ : مخاطر النظر في سوء استعمال السلطة
- ١٣٩٢ : فائدة الخوض في أغراض النصوص القانونية أو بواعدها
- ١٣٩٥ : ضرورة التحول في مباشرة الرقابة القضائية على سوء استعمال السلطة
- ١٣٩٧ : الطبيعة التصديدية والاحتياطية لحجب إساءة استعمال السلطة
- ١٤٠٠ : أغراض الدستور بين تعميمها وتخصيصها
- ١٤٠٣ : شغلته بين إساءة استعمال السلطة التشريعية لوظائفها وبين الواقعة التي
وجهتها لتنظيم موضوع معين
- المبحث الأول :
- المطلب الأول :
- المطلب الثاني :
- المطلب الثالث :
- المطلب الرابع :
- المطلب الخامس :
• المبحث الثاني :
• المبحث الثالث :
• المبحث الرابع :
• المبحث الخامس :
• المبحث السادس :
• المبحث السابع :
• المبحث الثامن :
• المبحث التاسع :

- ١٤٠٥ • المبحث الحادي عشر : خصائص سوء استعمال السلطة التشريعية
- ١٤٠٨ • المبحث الثاني عشر : إساءة استعمال السلطة بين التقدير والتقدير
- ١٤١٠ • المبحث الثالث عشر : إثبات إساءة استعمال السلطة التشريعية
- ١٤١٣ • المبحث الرابع عشر : الأهمية الحقيقية لحجب إساءة استعمال السلطة
• الفصل السابع •
- ١٤١٦ الرقابة الدستورية على إغفال المشرع تنظيم الجوانب الكاملة
لحقوق المواطنين وحرياتهم

رقم الايداع : ٢٠٠٣/٩٥٦٦

الترقيم الدولي: 977-03-1176-6

CENTRE RENÉ JEAN DUPUY POUR LE DROIT ET LE DÉVELOPPEMENT

LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONALITÉ DANS SES ASPECTS FONDAMENTAUX

Biblioteca Alexandrina



0431205

Le Constitutionnel Dr.

AMMAD EL-MADDA

Ancien Président de la
Haute Cour Constitutionnelle